

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL

LES BOMBARDEMENTS AÉRIENS ET LE CADRE NORMATIF EN
DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

MÉMOIRE
PRÉSENTÉ
COMME EXIGENCE PARTIELLE
DE LA MAÎTRISE EN DROIT INTERNATIONAL

PAR
YVENSONNE ST-FLEUR

SEPTEMBRE 2010

UNIVERSITÉ DU QUÉBEC À MONTRÉAL
Service des bibliothèques

Avertissement

La diffusion de ce mémoire se fait dans le respect des droits de son auteur, qui a signé le formulaire *Autorisation de reproduire et de diffuser un travail de recherche de cycles supérieurs* (SDU-522 – Rév.01-2006). Cette autorisation stipule que «conformément à l'article 11 du Règlement no 8 des études de cycles supérieurs, [l'auteur] concède à l'Université du Québec à Montréal une licence non exclusive d'utilisation et de publication de la totalité ou d'une partie importante de [son] travail de recherche pour des fins pédagogiques et non commerciales. Plus précisément, [l'auteur] autorise l'Université du Québec à Montréal à reproduire, diffuser, prêter, distribuer ou vendre des copies de [son] travail de recherche à des fins non commerciales sur quelque support que ce soit, y compris l'Internet. Cette licence et cette autorisation n'entraînent pas une renonciation de [la] part [de l'auteur] à [ses] droits moraux ni à [ses] droits de propriété intellectuelle. Sauf entente contraire, [l'auteur] conserve la liberté de diffuser et de commercialiser ou non ce travail dont [il] possède un exemplaire.»

À ma mère Gertrude, mes frères Grégory et Marc-André

Je dédie cette recherche à la mémoire des innocentes victimes du 11 septembre 2001
et des populations civiles prises pour cible depuis le déclenchement de
la guerre contre le terrorisme.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier – et je suis très reconnaissant à leur endroit – mes compagnons Mark Toufayan, Enrico Joseph, Nicolas Casavant, Jacqueline Corado et Steeve Morrisseau. Ils m'ont permis de garder le sourire dans les grands moments de doute. Je remercie ma mère Gertrude, mes frères cadets Grégory et Marc-André et les autres membres de ma famille qui ont souffert de mes absences fréquentes à l'étranger. Je me reprocherais de passer sous silence le support indéfectible d'Anick Le Lann. Tous ces gens ont su faire preuve d'une patience et d'une compréhension sans commune mesure. Ici, je voudrais les convier à partager avec moi les fruits de cet effort.

L'élève n'en connaîtrait pas autant sans les connaissances de ses Maîtres. La contribution de professeurs de haut calibre m'a permis d'effectuer un apprentissage des plus enrichissant. Et que dire de Monsieur Pierre Robert, professeur et directeur de ce mémoire? Il m'a accompagné dans ce projet que je croyais ne jamais pouvoir terminer. Il va de soi que je souligne les précieux conseils des deux évaluateurs de ce projet, c'est-à-dire le professeur François Roch et Maître Jean-Claude Hébert. Leurs connaissances dans leurs champs d'expertise respectifs m'ont permis de rehausser la qualité de ce mémoire. L'expérience militaire du Major Louis Haeck a été d'une grande aide, notamment dans l'opérationnel de la guerre. L'expertise du professeur Djamchid Momtaz, ancien président de la commission de droit international des Nations Unies, a été sollicitée lors de mon passage à la session d'été de l'Académie de droit international de La Haye (2007). Je le remercie chaleureusement.

Je remercie le personnel de la Faculté de droit de l'Université du Québec à Montréal, le professeur Philippe Fortin, directeur du programme de maîtrise en droit, Madame Simone Moutamara, assistante à la gestion des programmes d'études supérieures en droit à l'UQAM. Et les prénommés André, Bruno, Gaétan, Liette, Chantale, Lucie et le défunt Yves, tous membres du personnel de la bibliothèque des sciences juridiques, n'ont ménagé aucun effort lorsque venait le temps de m'aider dans ma recherche bibliographique.

Je dédie le fruit de ce mémoire aux familles des victimes qui ont perdu la vie suite aux bombardements aériens depuis le lancement de la guerre contre le terrorisme.

Le véritable esprit d'égalité ne cherche pas à n'avoir point de maître, mais à n'avoir que ses égaux pour maîtres.

Montesquieu, *L'Esprit des lois*.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	iii.
TABLE DES MATIÈRES.....	iv.
LISTE DES ABRÉVIATIONS.....	vi.
RÉSUMÉ.....	vii.
INTRODUCTION.....	9
1. L'arme de guerre aérienne.....	14
2. La réglementation de la navigation aérienne.....	18
3. La problématique de la guerre aérienne.....	20
3.1 Les moyens et les méthodes de combat.....	21
3.1.1 Les bombardements en tapis.....	22
3.1.2 Les bombardements à très haute altitude.....	23
3.1.3 La population civile.....	25
3.1.4 De la prohibition à la protection de la cible.....	30
4. L'objectif de la recherche.....	34
 CHAPITRE I L'ÉVOLUTION DU CADRE CONVENTIONNEL ET NORMATIF DE LÉGITIMATION DES BOMBARDEMENTS AÉRIENS.....	 38
SECTION 1. LE LANCEMENT PAR LES AIRS DE PROJECTILES INCENDIAIRES	39
1.1 Les Conférences internationales de la paix de La Haye de 1899 et 1907: l'encadrement juridique de la réglementation pacifique des différends diplomatiques et des conflits armés internationaux.....	 39
1.1.1 La Conférence de 1899 pour la réduction des armements.....	42
1.1.2 La Conférence de 1907 pour la délimitation juridique des attaques aériennes.....	48
1.2 Les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907: l'assimilation de la guerre aérienne au régime général du droit de la guerre.....	 55
1.2.1 <i>Le jus in bello</i>	56

1.2.2 La norme coutumière.....	57
1.2.3 La source conventionnelle.....	63
1.2.4 La pratique des États.....	65
SECTION 2. LES ORIENTATIONS NORMATIVES DE L'ÉGITIMATION.....	67
2.1 La source normative.....	67
2.1.1 Les limitations dans le Traité de Versailles de 1919.....	69
2.1.2 Le consensus de la Conférence de Washington de 1922.....	70
2.1.3 La Commission des juristes de La Haye de 1922-1923.....	72
2.2 Le projet de manuels-cadres aux opérations aériennes.....	73
2.2.1 Le Manuel de San Remo (1995).....	74
2.2.2 Le projet de l'Université Harvard (2003).....	74
2.3 La conclusion du Chapitre I.....	74
CHAPITRE II	
LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE APPLICABLE AUX OPÉRATIONS	
AÉRIENNES CONTEMPORAINES.....	80
SECTION 1. LE DROIT HUMANITAIRE APPLICABLE AUX OPÉRATIONS AÉRIENNES.....	81
1.1 Les principes humanitaires.....	81
1.1.1 La nécessité militaire.....	84
1.1.2 Le principe d'humanité.....	87
1.1.3 Le principe de distinction.....	90
1.1.4 La proportionnalité.....	95
1.2. Les précautions à prendre.....	100
1.2.1 Avant l'opération.....	103
1.2.2 Les effets de l'opération.....	104
SECTION 2. LA CONDITION CIVILE DES OBJECTIFS MILITAIRES.....	107
2.1 La norme de protection.....	107
2.1.1 L'adjectif «civil» de l'objectif militaire.....	110
2.1.2 La délimitation de la protection.....	113
2.2 La définition.....	117
2.2.1 Le critère matériel.....	122

2.2.2 Le critère immatériel.....	123
2.2.3 La règle de la présomption.....	124
2.2.4 La sélection et le choix.....	126
2.3 L'article 52(2) du Protocole I.....	127
SECTION 3. LES CRIMES DE GUERRE AÉRIENS EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL.....	129
3.1 Le principe de l'immunité.....	129
3.2 Le Statut de Rome pour la Cour pénale internationale.....	135
3.2.1 Les dispositions spécifiques.....	137
3.2.2 L'aspect non recherché du résultat incriminé.....	138
3.2.3 Le déclenchement d'une poursuite.....	140
3.3 Les crimes de guerre.....	144
3.3.1 La poursuite.....	148
3.3.2 Le supérieur hiérarchique.....	152
3.3.3 Le rapport Goldstone de l'Organisation des Nations Unies.....	156
3.4 La conclusion du Chapitre II.....	157
CONCLUSION.....	159
BIBLIOGRAPHIE.....	164

LISTE DES ABRÉVIATIONS, SIGLES ET ACRONYMES

AFLR:	Air Force Law Review
AG:	Assemblée générale des Nations Unies
AJIL:	American Journal of International Law
CDI:	Commission du droit international
CICR:	Comité international de la Croix-Rouge
CIDH:	Commission interaméricaine des droits de l'Homme
CIJ:	Cour internationale de Justice
CPI:	Cour pénale internationale
CS:	Conseil de sécurité des Nations Unies
DIH:	Droit international humanitaire
IDI:	Institut de droit international
OACI:	Organisation de l'aviation civile internationale
ONU:	Organisation des Nations Unies
OTAN:	Organisation du traité de l'Atlantique Nord
TPIR:	Tribunal pénal international pour le Rwanda
TPIY:	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
URSS:	Union des républiques socialistes soviétiques
USAF:	United States Air Force

RÉSUMÉ

Le but de cet ouvrage est de présenter la portée et la limite du droit international humanitaire régissant les opérations aériennes en période de conflit armé. Dans ce dessein, nous passerons en revue les conventions internationales datant de 1899 à nos jours. Considérant que l'ordre juridique international possède tous les instruments nécessaires afin d'assurer aux populations civiles sécurité et immunité contre les effets nuisibles de la guerre, les dommages directs et indirects causés aux complexes civils lors de bombardements aériens peuvent constituer des violations graves au droit international humanitaire.

Par une démarche méthodologique juridique classique, le lecteur sera amené à considérer l'évolution du cadre normatif, particulièrement du droit de l'attaquant de se défendre avec l'arme aérienne, mais aussi du droit de la population civile et des non-combattants à être épargnés des effets des hostilités.

Les conflits armés de la fin du XX^e siècle démontrent bien que les guerres du futur reposeront davantage sur des opérations militaires à la verticale, c'est-à-dire que le point d'attaque pourra être envisagé depuis l'espace atmosphérique. Ainsi, l'avion de guerre et les systèmes de satellites extra-atmosphériques permettront de déplacer la zone de combat au niveau de la troisième dimension. Cet avantage soulève dès lors le spectre de la conduite asymétrique de la guerre technologique au bénéfice des puissances aérospatiales. Or, cette technologie militaire qui promettait plus de précision dans le ciblage des objectifs militaires produit des effets néfastes à l'endroit des populations civiles à proximité des objectifs militaires situés dans la zone de combat (pour ne reprendre que le cas des bombardements des forces de l'OTAN au Kosovo). Ainsi, la stratégie militaire contemporaine vise le transfert du risque militaire vers l'adversaire. En effet, la zone de combat ennemie devient source de gestion tant par l'agresseur que la victime des bombardements. Ainsi, perte du capital humain et matériel des forces militaires, la minimisation des massacres humains du côté de l'ennemi, la transmission des images par les médias de masse, la projection de la responsabilité des dommages collatéraux sur les moyens perfides de l'ennemi deviennent dorénavant des « éléments » calculables dans le « risque » militaire des puissances occidentales. Du côté de l'ennemi, en position d'« infériorité » technologique, il déplace délibérément la zone de combat dans des zones urbaines densément peuplées situées près des objectifs militaires légitimes. Le constat fait après les récents conflits armés suscite inquiétude et soulève nombre de problématiques. L'absence d'un cadre normatif légiférant tant les nouvelles méthodes de combat que la conduite des hostilités par la voie des airs requiert-elle un code de conduite sur relatif aux bombardements aériens.

Mots-clés: bombardement, opération militaire, aérien, norme, droit des conflits armés, terrorisme, précaution, proportionnalité, droit international humanitaire, satellite, aérospatiale.

LES BOMBARDEMENTS AÉRIENS ET LE CADRE NORMATIF EN DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

INTRODUCTION

Le ciel n'est pas en soi le milieu naturel de l'homme. Depuis les saintes Écritures, le ciel est, pour l'homme, source de mystère, de contemplation, d'adoration, d'assujettissement, mais encore plus, le plus grand mystère à démystifier. Or, sa conquête, vers la fin du XXe siècle, par des machines volantes, a initialement été le fruit de l'imaginaire et des idées d'hommes comme Léonard de Vinci (1452-1519) de Jules Verne (1828-1905). L'ambition de maîtriser l'espace aérien avec l'aide de la science devenait possible. C'est particulièrement le développement technologique dans les affaires militaires aéronautiques qui permettra à son tour à l'homme de faire du ciel un espace source de gestion.

D'un point de vue militaire, la maîtrise de l'espace aérien n'a d'effet que seulement et uniquement dans un rapport avec la mer ou la terre. C'est à la base une relation tripartite. C'est ainsi qu'en comparant l'évolution du fil historique des guerres terrestre et maritime sur une période de cent ans, nous pouvons quelque peu constater que la possibilité de conduire la guerre à partir des airs est apparue rapidement et avec beaucoup d'éclat, mais aussi avec beaucoup de crainte et de scepticisme. Toutefois, son impact aura été majeur tant dans le domaine du transport aérien civil que dans les affaires militaires.

À l'instar des dirigeables, l'invention de l'avion par les frères américains Orville et Wilbur Wright, en 1899, est incontestablement l'une des plus grandes innovations technologiques de l'humanité. Le ciel a toujours été pour l'homme le plus grand mystère à démystifier et sa conquête le plus grand défi. Quoique le ciel ne soit pas le milieu naturel de l'homme, la maîtrise de l'espace aérien (d'un point de vue militaire) n'a d'effet réel seulement et uniquement dans un rapport soit avec la mer,

soit avec la terre. En revanche, par la «puissance» aérienne, on pourra atteindre directement ou indirectement les forces armées ennemies et sa population (cibles molles) et les objets à double fonctionnalité (cibles dures) par le bombardement de projectiles mortifères.

La technologie et les nouveaux moyens et méthodes de guerre nous conduisent à réviser le cadre normatif légitimant les bombardements de cibles molles via les airs. Depuis la première grande guerre technologique aérospatiale et la fin de la guerre classique, soit le conflit armé de 1991 contre les forces du défunt président de l'Irak Saddam Hussein, la guerre aérienne a eu un réel impact sur l'application de certains principes humanitaires, des droits coutumiers et conventionnels.

Uniquement pour rappeler le fondement du Droit international humanitaire (DIH), ce régime vise, premièrement, par l'entremise des Conventions de Genève adoptées en 1949, à protéger les victimes des conflits armés par le respect de la personne humaine et de sa dignité, mais aussi de l'environnement. Deuxièmement, par les deux Protocoles additionnels de 1977 (Protocole I [sur les conflits internationaux] et Protocole II [sur les conflits non internationaux]) adoptés dans la conjoncture de la guerre du Vietnam, cet instrument juridique se voue à répondre aux inquiétudes des conflits armés contemporains. Or, ces deux protocoles ont été adoptés voilà plus de vingt-cinq ans et, à notre humble avis, ne correspondent plus à la réalité militarotechnologique d'aujourd'hui. Nous considérons que le nouveau contexte politique, économique et social, la décolonisation des États du Sud, la fin de la guerre froide, l'accélération du développement technologique dans les affaires militaires, la militarisation de l'espace, l'avènement des acteurs non étatiques globalisés, le terrorisme international et les événements du 11 septembre 2001 constituent de nouvelles réalités modifiant l'art de faire la guerre. Ainsi, tous ces nouveaux éléments ont sérieusement remis en question la fondation du DIH sur laquelle il repose depuis plusieurs décennies: par exemple le Droit de La Haye qui régleme les obligations et droits des belligérants dans la conduite des hostilités et la limite dans la sélection et le choix des méthodes et moyens de nuire à l'ennemi.

Cela dit, la question qui nous revient à l'esprit est d'analyser l'impact du cadre normatif légitimant un acteur étatique à bombarder une cible au sol par la voie des airs et, par ricochet, son impact quant à la mise en œuvre du DIH dans ces conflits armés nouveaux genres: un choix politique qui mènera à réviser la structure d'un ordre juridique visant en principe à protéger les plus vulnérables dans la guerre, c'est-à-dire les soldats hors de combat qui se retrouvent dans le «complexe civil» (c'est-à-dire les populations civiles, l'environnement, les animaux).

Le choix du sujet

Le choix de notre sujet repose sur les nouvelles transformations technologiques dans l'art de faire la guerre via les airs. Les atrocités et carnages humains (dommages collatéraux), les forces de frappes disproportionnées, la violation systématique du DIH et l'impuissance de l'Organisation des Nations Unies (ONU) ont été déterminants dans le choix de notre sujet. Nous avons décidé d'orienter notre réflexion sur deux plans. Le premier est le processus normatif visant l'adoption de certaines règles juridiques menant à la pleine légitimation des bombardements aériens. Le second plan aborde le droit de bombarder directement sur les villes ouvertes ou sans défense où gravite la population civile de l'ennemi ainsi que la destruction de biens civils nécessaires au bon fonctionnement de la vie en société (lesquels constituent le complexe civil). Pour ce faire, nous passerons en revue certains conflits armés.

En effet, depuis la guerre au Kosovo et la multiplication des attaques aériennes perpétrées en Irak, au Pakistan et en Afghanistan, il y a lieu de se questionner sur deux points. Premièrement: se questionner sur la pertinence des concepts de distinction, de proportionnalité et d'humanité à la lumière de l'article 52 du Protocole I. Deuxièmement: reconsidérer la forme actuelle d'une telle disposition juridique, celle-ci ne correspondant plus aux normes coutumières. Dès lors, c'est au niveau sémantique, de son interprétation et de son application par les puissances technologiques que la problématique du droit de bombarder, de l'obligation de

protéger et de conceptualiser ces normes que nous entendons approfondir dans le cadre de notre mémoire.

Après la Seconde Guerre mondiale, en 1945, surgit la pensée de la théorie de la supériorité aérienne. Cette dernière n'est en fait que la maîtrise de l'air en transposition à celle de la mer. Décidément, cette «supériorité» refaçonnera le monde du transport, défiera l'espace-temps et la capacité des conquêtes territoriales et des ressources naturelles par les nations militairement plus puissantes. Avec le temps, l'avion associé à d'autres éléments aérospatiaux deviendra le vecteur de premier plan dans la conduite de la guerre.

La logique de la «puissance aérienne» repose sur des théories classiques et des pratiques de destruction massive de l'espace «vivant» de l'ennemi (centre de gravité). Une révision de l'histoire et la contribution de certains acteurs nous permettront de saisir les premiers fondements de l'idéologie européenne (entre l'Italie et la Grande-Bretagne) de cette «puissance» militaire. En fait, le grand théoricien le général Giulio Douhet et les deux praticiens anglo-saxons Billy Mitchell et Hugh Trenchard seront les grands fervents des nouvelles technologies de la vitesse, des lances feux et de la maîtrise de l'air.

Le général italien Douhet priorisera la domination des airs, la paralysie de l'ennemi en détruisant sa logistique militaire au sol et les unités contribuant à l'effort de guerre. Pour celui-là, il n'existait aucune différence entre les combattants et les non-combattants. Selon cette logique, la guerre aérienne ne connaît aucun cadre conventionnel de protection de l'ennemi dans son ensemble. Ainsi, l'obligation (humanitaire) de distinguer l'ennemi de la population durant le conflit armé était hors du cadre de la logique militaire de l'époque. Cette notion de «distinction» contrevenait à la logique de la guerre «totale» et de «punition» – la guerre entre l'Italie et la Libye.

Les deux praticiens anglo-saxons Mitchell et Trenchard développeront la doctrine du bombardement stratégique des villes à outrance. Donc, la norme d'époque visant à terroriser la population civile de l'ennemi et à bombarder les villes sans protection aérienne nous amène à revisiter, à sa racine même, des pratiques militaires

contrevenant à des principes fondamentaux juridiques reconnaissant une immunité hors de combat dans la guerre.

L'avion de guerre est un outil d'intérêt d'État et de transformation des comportements en matière de diplomatie en politique étrangère. Dans la guerre, cette arme permet de transformer et de régulariser le comportement de l'«autre». Il sera adapté à des fins militaires durant la Première guerre mondiale dans le largage de matières explosives et de bombes incendiaires sur des villes britanniques et françaises durant la Deuxième Guerre, et d'outils de politique étrangère depuis la chute de l'ex-URSS. Ainsi, la venue de l'avion allait maintenant promettre la conquête du temps et de l'espace; et par surcroît, elle permettra avec rapidité une meilleure maîtrise de la nature et un contrôle global du ciel. Dès lors, l'avion de guerre redéfinit les moyens militaires en se substituant comme un véhicule de transformation et les méthodes de guerre aérienne comme un instrument sophistiqué permettant des changements dans le comportement de l'adversaire.

Des jours plus sombres ont permis de constater la capacité des opérations aériennes dans les centres de gravité de la population civile. La dévastation du territoire ennemi et la destruction massive de l'environnement soulevèrent la nécessité de réaffirmer la distinction, en temps de guerre, entre les combattants et les non-combattants. Considéré comme une opération aérienne stratégique (quoiqu'en réalité, on ne pouvait aucunement la qualifier de «stratégique»), le bombardement atomique des villes de Hiroshima et de Nagasaki durant la Deuxième Guerre mondiale constitue, de par la nature même de cet acte de guerre, l'une des plus grandes violations du DIH coutumier d'une nation envers une autre en période de conflit armé. Eu égard à la possibilité d'une destruction massive de la vie humaine et afin de prévenir des guerres futures, la communauté internationale a cru à la nécessité de créer l'ONU (en 1945), celle-ci succédant à la défunte Société des Nations. La création de l'ONU visait entre autres à réglementer la conduite des belligérants en période de conflits armés. Pour ce faire, l'ONU commença par la codification en traité de vieux principes de droit international et dont l'objectif visé était d'humaniser la guerre.

Il faut l'avouer, à la lecture de la doctrine de nombreux experts du droit international (comme Parks, Sassoli, Dinstein, Momtaz, Ronzitti, David, Venturini et Roscini), ceux-ci sont unanimes à reconnaître l'absence d'un cadre juridique régissant la guerre aérienne. Ces éminences considèrent qu'à défaut d'un cadre précis, les normes de la conduite des opérations aériennes et des bombardements à partir des airs doivent prendre leurs sources du droit de la guerre terrestre et maritime et ce, selon une pratique généralement acceptée par des sociétés dites civilisées. D'ores et déjà, la guerre est soumise au droit international coutumier. Cependant, son fait technologique non prescrit dans un régime juridique précis ne limite en aucun cas le respect des principes élémentaires du droit de la guerre.

1 L'arme de guerre aérienne

Dans la stratégie militaire, l'une des priorités est le contrôle des différents espaces souverains (spatialité) de l'ennemi et non la destruction massive de son espace territorial.

Nous sommes de plus en plus dans une dynamique de l'«économie militaire» et de la précision dans l'usage de la force, d'où l'une des raisons pour laquelle l'arme nucléaire est davantage préférée à celle de l'avion, sans parler de la controverse juridique autour de la licéité de son utilisation (comme l'a souligné la Cour internationale de justice de La Haye). Ainsi, la rapidité et la mobilité de l'armement accroissent la capacité de la prise totale et le contrôle terrestre et maritime de l'ennemi en peu de temps et à moindre coût humain et matériel. Par conséquent, la technologie aérospatiale permet une économie et une effectivité des moyens militaires et ce, en très peu de temps. Ainsi, sans contestation, l'avion devient une arme de choix. Tout comme l'a été l'invention des armes atomiques et nucléaires, et avec l'intérêt des forces armées, l'avion permettra, dans le cas d'un conflit armé, d'accroître rapidement à l'horizontale la projection de la puissance de l'État et à la verticale le contrôle de tous les espaces souverains de l'ennemi. De par ses vecteurs de mobilité, cette «nouvelle» arme suscite un intérêt réel, mais cet intérêt est aussi

empreint d'un scepticisme profond. En arrière-fond, l'avion inspire la crainte et l'appréhension, et ce, en prévision de la fascination et de l'intérêt des militaires qui le voyaient comme une arme de guerre pouvant du même coup susciter la crainte chez l'ennemi et terrifier sa population civile. Désormais, avec l'appareillage extra-atmosphérique, il est maintenant possible de dominer l'ensemble de la zone de combat, de contraindre l'ennemi à capituler rapidement, de punir collectivement sa population civile et de reconfigurer le cadre classique du droit de la guerre à la hauteur des moyens technologiques dont on dispose.

Les conflits armés des deux dernières décennies nous démontrent bien un changement dans l'art et la méthode de conduire la guerre. Par exemple, en 1991, durant la guerre du Koweït, la guerre aérienne a laissé place à la guerre aérospatiale. L'avion de combat a été et se positionne comme l'arme qui sera la plus privilégiée du XXI^e siècle. Que ce soit dans les opérations d'offensives militaires ou à des fins humanitaires, l'arme aérienne offre des possibilités inégalées par aucune autre arme de guerre conventionnelle. Par conséquent, l'effet nuisible de son utilisation dans les opérations offensives est la cause de dommages directs et indirects aux populations civiles.

Dans le cadre de notre recherche, nous aborderons particulièrement les moyens et les méthodes d'utilisation de cette arme dans une dynamique air-sol (ciel et ville) et ce, à la lumière du DIH. Les nouveaux conflits se conduisent directement dans la zone urbaine. Nous sommes actuellement dans une dynamique d'urbanisation de la guerre par des vecteurs aérospatiaux habités ou non. La question qu'il est tout à fait légitime de se poser est la suivante: le cadre juridique actuel est-il adapté aux nouveaux changements technologiques dans la conduite des hostilités? Dès lors, analyser tant le cadre juridique régissant l'utilisation de cette arme que l'entrecroisement de deux concepts, à savoir celui du droit de bombarder, mais aussi le droit à l'immunité des populations civiles contre les effets nuisibles des attaques, devient une nécessité. Les conventions entre les États sont génératrices de droits et d'obligations à l'endroit des belligérants lors de la conduite des hostilités. Mais qu'en est-il lorsqu'il n'existe aucune codification du droit de la guerre aérienne? Ainsi, les

guerres technologiques et contemporaines observées depuis le mouvement contre la prolifération des armes nucléaires nous amènent forcément, dans notre analyse, à décortiquer le sens des concepts, des normes juridiques et des préceptes historiques (datant de 1899) qui régissent le droit de lancer des projectiles du haut des airs.

Il est à souligner que nous aborderons l'un des domaines parmi les plus complexes et controversés du droit international: celui des conflits armés. De plus en plus, nous assistons à un processus d'élasticité de certaines normes et de certains principes humanitaires. Ce processus se caractérise par diverses justifications de la part des belligérants de légitimer tant les objectifs militaires attaqués que le droit de les attaquer. Cette pratique des puissances relègue le DIH dans une zone de contradiction et poreuse quant à son effectivité. Cette contradiction repose entre le droit de l'État de se défendre et le droit du non-combattant d'être protégé. Cependant, un mouvement de la communauté juridique réclame l'établissement d'un code de conduite de la guerre aérienne. La volonté de ces juristes est vraisemblablement de renforcer l'ordre juridique international devant l'émergence de la guerre technologique qui accentue la disparité des armes et des forces, laissant ainsi la population civile en état de vulnérabilité et de risque de dommages collatéraux lors de l'attaque.

D'avantage techniques que juridiques, il importe de mentionner deux concepts propres au domaine aérien. Il faut tout d'abord préciser l'existence dans le milieu aérien de deux dimensions évolutives: la dimension horizontale et la dimension verticale. Par dimension horizontale, on se réfère à l'étendue territoriale et à quel degré les États peuvent encore réclamer une juridiction de nature souveraine¹. Cependant, nous concentrerons davantage notre analyse juridique sur la dimension verticale de l'attaque dans la limite de l'ordre normatif régissant l'interaction entre un vecteur aérien et spatial, les objectifs militaires au sol pouvant légitimement être attaqués, la population civile à protéger et la zone de combat.

¹ Nicolas Mateesco Matte, *De la mer territoriale à l'air «territorial»*, Paris, A. Pedone, 1965, p. 127.

Le droit veut que tout État soit souverain dans toute son intégralité, que ce soit sur terre, sur mer, dans les airs et dans l'espace. C'est ainsi que depuis 1957, l'apparition de satellites dans l'espace extra-atmosphérique a inspiré aux juristes l'idée d'établir d'autres frontières, cette fois-ci «parallèles à la terre»². Cette nouvelle frontière au-dessus de la terre et de la mer ouvre des perspectives nouvelles que seuls les États ayant la capacité économique et technologique puissent en exploiter les possibilités militaires et civiles. En prenant en considération les différents espaces navigables et la constellation de satellites, les puissances militaires peuvent mener une guerre technologique à la verticale contre un ennemi limité de par son territoire terrestre, maritime et aérien.

Afin de saisir le fil conducteur de notre recherche, notre introduction entend brièvement mettre en perspective l'apparition de l'avion comme arme de guerre (A) et des moyens et méthodes de combat (B) développés depuis l'intérêt d'innover technologiquement dans les affaires militaires. Cependant, depuis la création des Nations Unies et l'émergence d'un mouvement international pour le respect des populations civiles en période de conflits armés, des normes juridiques (C) ont été codifiées et réaffirmées afin d'assurer en tout temps l'immunité des non-combattants.

Enfin, dans le cadre de ce mémoire qui repose sur le DIH régissant les bombardements aériens, nous constatons que les belligérants (considérant l'apparition d'acteurs non étatiques organisés de telle sorte à constituer une menace pour la paix et la sécurité internationale ou régionale) requièrent des moyens et un droit légitime de se défendre bien avant d'être attaqués – action préventive (*preventive action*) de la doctrine américaine sous l'égide du président Georges Walker Bush, de 2001 à 2009, dans sa guerre contre le terrorisme transnationale, une guerre maintenue par l'administration américaine du président Barack Obama au Pakistan et en Afghanistan et ce, jusqu'au retrait des troupes entre autres prévu pour juillet 2011.

Dans le cadre de ce mémoire, nous ne prétendons pas faire tout l'historique de l'évolution des concepts et normes juridiques ayant donné lieu à la légitimation du droit de bombarder par la voie des airs. Toutefois, nous considérons pertinent de faire

² *Ibid.*

le point sur les deux situations suivantes: que ce soit dans la guerre terrestre ou navale, le droit international humanitaire relatif aux principes de distinction et de proportionnalité est tout aussi ou sinon davantage applicable dans la guerre aérienne.

2 La réglementation de la navigation aérienne

L'évolution historique du cadre juridique de la navigation des avions est au cœur de notre problématique. Nous nous interrogerons sur deux concepts. Le premier de ces concepts est le droit régissant l'usage d'une arme de guerre. Dans le cas qui nous concerne, cette arme contemporaine est l'avion de guerre. L'effet nuisible sur les populations civiles sera le second concept que nous analyserons. En fait, il s'agit d'analyser le rapport entre cette arme et les populations civiles, et, finalement, d'établir dans quelle limite le droit permet l'usage de l'arme afin d'assurer un minimum de protection contre les effets nuisibles de cette dernière sur les sujets titulaires d'une protection juridique. Telle est notre problématique.

La *Convention de Paris de 1919 portant réglementation de la navigation aérienne* est l'un des premiers instruments auquel il faille se référer avant même de passer à l'analyse des autres textes juridiques. La Convention de Paris se préoccupe des aéronefs et l'Annexe A en établit les catégories suivantes: «La classification ci-après s'appliquera aux aéronefs visés par la Convention et ses Annexes: [...] ballon libre, ballon captif, dirigeable, planeur, cerf-volant, avion, autogyre, hélicoptère, ornithoptère». D'après la définition du terme «aéronef», celui-ci désigne tout appareil pouvant se soutenir dans l'atmosphère grâce aux réactions de l'air³. Qu'en est-il dans une perspective militaire? L'expression «avion de guerre» pourrait signifier, par définition, un engin volant naviguant exclusivement soit dans un espace aérien ou spatial, quelles que soient leurs dimensions et dénominations, avec un armement et un pilote qui lui sont propres, accomplissant un service spécial et suffisant à une industrie à laquelle il est employé, l'activité des avions de guerre

³ Annexe A, Section préliminaire, Convention de Paris, 1919, réglementant l'aviation civile internationale.

pouvant servir pour le transport de matériel militaire, humanitaire ou civil. Du même coup, la mobilité aérienne peut aussi consister à conduire des attaques en position offensive et défensive dans l'espace territorial national ou ennemi. Or, c'est visiblement durant la guerre du Golfe de 1991 que nous avons pu remarquer la rupture entre les appareillages militaires traditionnel et technologique. La société internationale a été témoin de la qualité de l'innovation technologique dans les affaires militaires aérospatiales. Dorénavant, cette innovation répond à des impératifs de précision et de puissance disproportionnée de la force de frappe, le tout étant supporté par une constellation de satellites. Depuis 1991, les attaques aériennes se montrent non seulement comme des outils de guerre, mais elles tendent également à s'assimiler comme des outils de politique étrangère. Les attaques aériennes visent à modifier le comportement de l'ennemi au sein même de sa zone de combat. Tenant compte de ces considérations, il y a à se dire que le recours effectif à la puissance aérienne soulève quelques questions d'ordre juridique.

En période de guerre, les changements se font lentement et graduellement. Ce processus s'inscrit dans une dynamique que l'on peut qualifier d'*évolution*. Certes, les transformations technologiques «d'accélération» qui ont eu cours et marqué les derniers siècles sont au XVIII^e siècle le moteur à vapeur et à la fin du XX^e siècle l'invention de l'ordinateur. Ces deux inventions ont accéléré le processus de transformation de la production et du transport. C'est dans cette logique que l'humanité a été témoin de ce que l'on appelle, à partir de 1980 sous l'impulsion de l'Américain Andy Marshall, la «révolution» dans les affaires militaires – *Revolution in Military Affairs* (RMA). En fait, cette expression (RMA) tire sa source du mimétisme stratégique américain et soviétique. Ce sont particulièrement dans les travaux du maréchal soviétique Nicolai Ogarkov que dès 1960 l'on parlait de *révolution technique militaire*⁴. Cette dernière faisait référence aux missiles nucléaires et, par la suite, à la technologie de l'information qui permettrait de multiplier la puissance de l'armement non nucléaire. Dès 1990, les États-Unis se sont

⁴ J. McKittrick et al., *The Revolution in military affairs*, dans Schneider B.R., Grinter L.E., (dir.), *Battlefield of the Future 21st Century Warfare Issues*, Air War College, September 1995 (www.airpower.maxwell.af.mil/airchronicles/battle/front.html) Consulté le 13 sept. 2008.

approprié l'expression et en ont fait la démonstration au Koweït. La technologie a été la première source ayant permis la victoire états-unienne contre les forces irakiennes. Ainsi naissait la guerre asymétrique par les moyens et les belligérants: une guerre d'une force armée hypertechnologique contre une force traditionnelle. Particulière, cette guerre a fait ressurgir deux éléments discutables. Premièrement, elle conduit à présumer qu'elle est la dernière guerre à se dérouler sur un terrain de bataille, hors de la zone urbaine. Finalement, elle a mis à la vue de tous la puissance de la technologie aérospatiale dans les opérations militaires des trois forces réunies (terrestres, navales et aériennes).

3 La problématique de la guerre aérienne

La problématique dans les opérations militaires contemporaines s'opère sur deux plans. Le premier est incontestablement les moyens et les méthodes de guerre. Les nouvelles capacités aéronautiques, spatiales et technologiques permettent dorénavant d'optimiser les manœuvres aériennes et leurs rayons d'action. Le second est la fin des combats dans des zones neutres entre États souverains. Les vecteurs de vitesse, de précision et de feu coordonnés par satellite rendent possible l'attaque d'objectifs militaires directement en milieu urbain. L'avion sert d'une part à projeter la puissance de l'attaquant et d'autre part, à changer le comportement du belligérant en l'amenant à capituler. En plus des moyens de combats, les récentes opérations militaires nous ont fait remarquer une doctrine de combat qui se traduit par des vols à très haute altitude. Arme munie d'une puissance à réaction et méthode de navigation dans la limite de l'espace atmosphérique, ces deux éléments visent une logique de l'épargne militaire: le but avéré des vols à très haute altitude vise une logique d'économie militaire, c'est-à-dire la minimisation du risque d'attrition en conduisant les hostilités dans une autre dimension hors de portée pour l'ennemi.

Dans ce mémoire, nous analyserons notre problématique en deux volets. Le premier volet portera sur le développement de la norme limitant et règlementant les bombardements aériens. Dans le second volet, il sera question de l'étude des

principes ayant leurs sources en droit international coutumier et faisant maintenant partie intégrante du DIH. La capacité de bombarder par la voie des airs impose un exercice juridique sur l'étendue de l'application des normes générales du droit des conflits armés. La formulation de la prohibition spécifique de l'avion et des bombardements aériens a été rejetée lors de la rédaction du Protocole I entre 1977 et 1979. Avec le souci d'affermissement et de précision du droit, on reconnaîtra la licéité du bombardement aérien tant et aussi longtemps qu'il ne vise pas à terroriser la population civile et qu'il distingue la personne du non-combattant de celui qui prend part aux hostilités. C'est spécifiquement en 1977 que l'on codifiera les lois et les coutumes de la guerre, lesquelles sont aussi applicables aux opérations aériennes. Lors de la Conférence diplomatique de Genève de 1974 à 1977 pour l'adoption de deux Protocoles additionnels aux quatre Conventions de Genève de 1949, les plénipotentiaires de nombreux États soumettront les opérations aériennes à un cadre juridique au même titre que la guerre terrestre et navale.

3.1 Les moyens et les méthodes de combat

Le droit conventionnel régit de nombreux aspects de la conduite de la guerre en limitant les moyens et les méthodes de guerre autorisés. Pour ce faire, il faut se référer à la réglementation de ces moyens et méthodes que l'on retrouve dans la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, dans les Règlements de La Haye de 1899 et 1907, dans le Protocole de Genève de 1925 sur les gaz, dans les Protocoles additionnels de 1977, dans la Convention de 1980 sur les armes classiques et ses cinq protocoles, dans la Convention de 1993 sur les armes chimiques et dans la Convention d'Ottawa de 1997 sur l'interdiction des mines antipersonnelles. En ce qui concerne la protection des biens culturels, il faut se référer à la Convention de La Haye de 1954 et ses deux Protocoles. Quant au Statut de la Cour Pénale Internationale, il présente une liste de crimes de guerre relevant de sa compétence. Le cadre conventionnel étant présenté, nous allons davantage élaborer sur le plan de la pratique des États et de leur conduite lors des hostilités.

La guerre du Koweït a été la dernière guerre classique entre deux États dans une zone hors de l'environnement civil. La technologie aérospatiale permet dorénavant avec une certaine précision d'attaquer un objectif militaire directement en zone urbaine. Ainsi, les vecteurs aériens permettent au belligérant d'utiliser différentes méthodes de guerre afin de parvenir à la victoire à moindre coût. Or, certaines de ces méthodes sont sources de questionnement, voire de contestation, considérant l'effet produit dans l'environnement civil. Nous répertorions deux vecteurs principaux, à savoir «les bombardements en tapis/carpet bombing» pratiqués durant la Deuxième Guerre mondiale et «les bombardements à très haute altitude» (à plus de 35 000 pieds) opérés durant le conflit au Kosovo.

Depuis près d'un centenaire, les méthodes de navigation et de bombardement utilisées dans différents conflits ont suscité la consternation de la communauté des juristes quant à leur légalité lorsqu'elles sont pratiquées en zone urbaine et en violation du droit international coutumier.

3.1.1 Les bombardements en tapis

C'est durant le second conflit mondial que cette méthode de «bombardements en tapis» a été la plus utilisée. Trois principes cardinaux bien fondés en droit international coutumier exigent 1) que la population civile soit épargnée des affres des hostilités, 2) que les frappes doivent se faire par nécessité afin de tirer un avantage militaire précis et 3) que l'on réplique par la force avec proportionnalité⁵. Ainsi en appliquant le droit à la pratique des États, l'on peut remarquer que dans la pratique des bombardements, les belligérants violent systématiquement ces principes humanitaires. Prenons par exemple le bombardement en tapis du Laos et du Cambodge par les forces américaines en 1969. Il a été reporté que le tapis de bombes larguées sur le Laos et le Cambodge s'étendait sur approximativement six kilomètres

⁵ Avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, 1996 C.I.J. 226, 256-57 (8 Juillet).

en longueur et deux en largeur⁶. L'envergure même de cette méthode pour atteindre l'ennemi est de par nature en violation du principe de la distinction. Cette méthode d'attaque correspond plutôt à une opération indiscriminée sur une large étendue d'un territoire. Alors, par définition, ne pouvant distinguer les non-combattants des combattants, cette méthode de combat viole catégoriquement le droit international coutumier lorsque des civils et des objets de nature civile deviennent les premières victimes de l'attaque. Le vecteur utilisé a été des bombardiers B-52 dont les bombes ont été larguées à une altitude où il était virtuellement impossible de distinguer si les bombes tombaient sur des objectifs militaires ou des cibles civiles⁷. Ce type de bombardement va directement à l'encontre de l'esprit de l'article 51(5)(a)(b) du Protocole I qui interdit des attaques indiscriminées sur des cibles civiles et des objectifs militaires, et qui de plus, prohibe des dommages collatéraux sur des vies civiles. En fait, ce type de bombardement va à l'encontre du droit de la guerre. Sous prétexte de protéger la vie d'Américains au Vietnam, des villages ont été torpillés jour et nuit. Le résultat a été que près de 600 000 personnes (au Cambodge) et 350 000 (au Laos) ont été tuées. Donc, on peut en conclure que les campagnes de bombardement du Laos et du Cambodge de 1969 à 1973 constituent des crimes de guerre liés à la destruction de villages, de biens civils et de populations civiles.

3.1.2 Les bombardements à très haute altitude

Qu'en est-il de la problématique de l'altitude et des bombardements aériens? En fait, le droit ne régit pas les niveaux d'altitude d'où il est possible de lancer une offensive. Cela est du ressort du belligérant. Ainsi, les bombardements peuvent s'effectuer à différents niveaux d'altitude. Par conséquent, chacun des niveaux requiert certaines précautions à prendre et des armes appropriées à cet effet. La seconde réalité dont il faut tenir compte est la nature de l'objectif politique de la mission (par exemple la capitulation au Kosovo ou le *regime change* en Afghanistan),

⁶ Esbjorn Rosenblad, *International Humanitarian Law of Armed Conflict: Some Aspects of the Principle of Distinction and Related Problems* 126 (1979).

⁷ William Shawcross, *Sideshow: Kissinger, Nixon and the Destruction of Cambodia* 28 (1987).

la distance entre les porte-avions et la zone de combat, la durée des vols de combat, les types d'avions d'attaque (bombardiers ou chasseurs), les caractéristiques des missiles utilisés (*Global Positioning System* [GPS] ou téléguidage au laser), la synergie entre les forces aériennes et terrestres, les considérations opérationnelles et tactiques, la température, le niveau de clarté, la densité de la population et le relief géographique de la zone de combat ennemie⁸. Cela dit, les bombardements menés par les grandes puissances militaires ont tendance à s'effectuer à haute et très haute altitude. Les puissances moyennes et de faibles capacités militaires se limitent à attaquer à basse altitude, ce qui est, par exemple, le cas des forces armées colombiennes contre les Forces armées révolutionnaires de la Colombie (les FARC) depuis près d'une cinquantaine d'années. Les différents niveaux d'altitude dépendent directement de la qualité de la menace au sol et de la capacité militaire de l'ennemi de répliquer aux tirs aériens de l'adversaire. La minimisation du risque d'attrition de l'attaquant joue un rôle majeur dans la sélection du niveau d'altitude pour lancer ses attaques.

La double composante entre la qualité des missiles utilisés – entre *smart weapons* et *dumb bombs* – et le niveau d'«altitude» aura une signification considérable sur la protection de l'immunité de la population civile conjointement avec les dommages collatéraux issus d'attaques en milieu urbain. En effet, les missiles GPS ne sont pas reconnus comme des armes de précision⁹, mais ils offrent une certaine précision contrairement aux *dumb bombs*. L'un des éléments à souligner dans l'évolution des opérations militaires (par exemple entre le Kosovo et Afghanistan), c'est l'option pour des missiles moins «intelligents» et moins coûteux, soit des missiles téléguidés au laser pour des missiles GPS, considérant l'objectif politique de la mission n'est pas le même. Dans le cas du Kosovo, l'objectif politique

⁸ Carl Conetta, «Operation Enduring Freedom: Why a Higher Rate of Civilian Casualties». <http://www.comw.org/pda/0201oef.html#appendix1>.

⁹ Major Keith J. Kosan, *Precision Engagement Against Mobile Targets: Is Man In or Out?*, thesis, School of Advanced Airpower Studies, Air University, Maxwell Air Force Base, June 2000; CDR Ronald J. Unterreiner (USN), et. al., «Close Air Support (CAS) in 2025: Computer, Lead's in Hot» in *Air Force 2025 Final Report, Volume 3, Power and Influence* (Maxwell Air Force Base: Air University, December 1996), Chapter 3, System Description.

recherché était la capitulation de Milosevic et l'attaque d'objectifs militaires immobiles, alors qu'en Afghanistan, c'était de décapiter et d'éliminer le plus possible le réseau d'Al-Qaida et d'attaquer des cibles mobiles avec des *dumb bombs* ou par des bombardiers B-1 et B-52¹⁰.

Les vols entre 500 et 5 000 pieds sont considérés de basse altitude. À ce niveau, le pilote est en mesure d'observer et de confirmer les objectifs militaires au sol. L'attaque est en moyenne à une altitude oscillant entre 5 001 et 14 999 pieds. À ce niveau, il est largement conseillé de bombarder à l'aide d'un système de ciblage téléguidé au laser et de pouvoir confirmer la cible au sol avant l'attaque¹¹. Au-delà de 15 000 pieds, l'attaque est à très haute altitude¹². L'assistance au ciblage par GPS est nécessaire et la confirmation de la cible est de mise.

L'absence d'une réglementation sur ces nouvelles méthodes de combat fait en sorte que le bombardement à très haute altitude constitue une norme *de facto*. Ces manœuvres «douteuses» ont été répertoriées par les organisations humanitaires sur le terrain lors des *Operation Desert Storm*, *Operation Allied Force*, *Operation Enduring Freedom*, *Operation Iraqi Freedom* menées par les États-Unis, par les Russes en Tchétchénie et dans les *Operation Summer Rain* dans la bande de Gaza (en 2006) et *Operation Just Reward* au Sud du Liban (en 2006) par Israël. Des avions de chasse survoleraient la zone de bataille au-delà de 15 000 pieds, voire entre 30 et 35 000 pieds d'altitude.

3.1.3 La population civile

Le but et la portée du DIH depuis 1977 sont entre autres de définir le champ d'application *rationae personae* et l'étendue *rationae materiae* des populations

¹⁰ Elaine Grossman, «Air Force Chief Launches Major Effort to Improve Targeting Speed», *Inside the Pentagon*, 8 November 2001.

¹¹ Marc A. Lemieux, «The impact of International Humanitarian Law on Coalition Airpower and their Consequences for Humanitarian Action». Department of Political Science. McGill University. Montréal, Canada. Aussi voir C. Conetta, «Operation Enduring Freedom: Why a Higher Rate of Civilian Casualties». <http://www.comw.org/pda/0201oef.html#appendix1>.

¹² R. Grant, «Altitude – Contrary to Popular Opinion, Lower Is not Always Best». (Oct. 2000) *Air Force Magazine*, p. 54.

civiles, des combattants, des objets à caractère civil et, nouvellement, de l'environnement qu'il est censé protéger. Cependant, dans le cadre d'une stratégie de présence aérienne coercitive prolongée de certaines puissances dans une logique de sécurité face à des menaces asymétriques et moins prévisibles dans les zones urbaines, qui définissent la pratique de la guerre contemporaine, les moyens de combats et les méthodes qui frappent ou qui affectent, sans discrimination, population civile, combattants et environnement, de même que la double fonction de certains biens civils, ou encore le statut juridique variable de certaines personnes, tendent à un chevauchement partiel des notions menant à une confusion quant à la portée et la limite du champ d'application.

Or, nous devons souligner que les principes généraux du DIH tiennent leurs sources du droit international coutumier. L'objet de la prohibition de bombarder des populations civiles a été réaffirmé par l'Assemblée générale des Nations Unies dans la résolution 2675 du 9 décembre 1970¹³.

«It is generally acknowledged that the non-execution of a treaty one of its parties may ultimately release the other party of its obligations, or justify the annulment of the document as in the case ordinary contracts. This cannot be true, however, of the Geneva Conventions which remain valid under all circumstances and are not subject to the condition of reciprocity»¹⁴.

Ce n'est qu'en 1977, avec l'adoption des deux protocoles, que se sont codifiés certains principes relatifs aux lois et coutumes de la guerre. On y inclura aussi la guerre aérienne de façon spécifique¹⁵. Ainsi, les articles 48 du Protocole I et 13 du Protocole II érigent le principe de la distinction et la protection de la population civile en règle fondamentale intransgressible¹⁶. Le principe de la distinction impose aux

¹³ A.G. Res. 2675, N.U. AGRO, 25e Sess., Supp. n° 28, N.U. Doc. A/8028 (1970). Voir Jean Pictet, «Development and Principles of International Humanitarian Laws», 1985, pp. 89-90.

¹⁴ Pictet, *Ibid.*, p. 90.

¹⁵ Ariane L. DeSaussure, «The Role of the Law of Armed Conflict During the Persian Gulf War» (1994) 37 Air Force Law Review, 42 [DeSaussure, «Role of the Law»]; Theodor Meron, «The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law» (1996) 90 American Journal of International Law, p. 238.

¹⁶ Déclaration publique du 21 octobre 1964 du Premier Ministre de la RDC (T.P.I.Y, Ch. d'appel, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, Le Procureur c. Dusko Tadic*, 2 oct. 1995, No IT-94-1-AR72, par. 105 [Tadic]). Résolution de l'Institut de droit international sur la distinction entre les objectifs militaires et non militaires en

belligérants qu'ils doivent en tout temps distinguer la population civile et les combattants, ainsi que les biens à caractère civil et les objectifs militaires, et, par conséquent, diriger leurs opérations uniquement contre des objectifs militaires¹⁷, tout en prenant les dispositions afin de minimiser les dommages indépendamment de l'avantage militaire soutiré¹⁸.

Seules les puissances militaires maîtrisant la technologie aérospatiale peuvent conduire des attaques aériennes à partir de la zone extra-atmosphérique ou à très haute altitude. Pour le moins, aucun instrument juridique n'interdit de lancer des attaques à partir de ce point. Les grandes puissances militaires ayant la capacité de bombarder à très haute altitude le font par le simple fait, d'une part, de l'absence d'instruments contraignants strictement réservés aux bombardements aériens, et d'autre part, parce qu'elles évoluent dans un ordre international empreint d'impunité à l'égard des puissances et alliées occidentales en cas de dommages collatéraux. Ces facteurs permettent des comportements militaires «opportunistes» qui se sont développés dans les récentes campagnes, la plupart du temps en faveur du belligérant possédant la meilleure technologie militaire. Or, les conséquences n'ont rien de positif. Les guerres asymétriques créent un déséquilibre du ratio entre les pertes militaires et civiles. Elles sont d'ailleurs plus grandes au sein de la population civile de l'ennemi, et impliquent une subordination des intérêts humanitaires aux impératifs politiques, idéologiques et militaires au bénéfice de l'attaquant. Un tel déséquilibre risque d'engendrer un changement du cadre juridique ou un élargissement relatif à l'interprétation de certains principes humanitaires. Il faut considérer alors comment les guerres hypertechnologiques et les méthodes traditionnelles dans la conduite des hostilités peuvent avoir un effet sur le DIH. Il est essentiel de saisir que le droit humanitaire représente un équilibre entre les principes humanitaires d'une part, et la

général et notamment les problèmes que pose l'existence des armes de destruction massive (1969), par. 4 (résolution adoptée par l'Institut à la session d'Édimbourg, 4-13 septembre 1969, ann. I.D.I., 1969, tome II, pp. 358-360).

¹⁷ Article 48 du Protocole I.

¹⁸ Jean Bouruet-Aubertot, *Les bombardements aériens*, Paris, PUF, 1923, p. 53 [Bouruet-Aubertot, «Bombardements»]; voir aussi Fausto Pocar, «Protocol I Additional to the 1949 Geneva Conventions and Customary International Law» (2000), 31 *Israel Yearbook on Human Rights* 145, p. 157.

pratique de la conduite des hostilités d'autre part. Dès lors, nous sommes étroitement en lien avec des questions d'ordre juridique relatives à la nécessité militaire et aux principes humanitaires. Dans de nombreuses décisions, les instances judiciaires internationales sont venues mettre en place certaines balises afin d'encadrer les limites de l'action militaire à la lumière du DIH. En effet, la Cour internationale de justice (CIJ), dans l'*Avis consultatif du 8 juillet 1996, Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires* (l'*Avis*), a précisé que les principes fondamentaux, reconnus par le droit humanitaire, relatifs à la conduite des hostilités doivent être respectés en tout temps, quelle que soit la nature du conflit:

«The rule that the civilian population as such, as well as individual civilians, shall not be the object of attack, is a fundamental rule of international humanitarian law applicable to all armed conflicts»¹⁹.

Les belligérants n'ont pas de droit illimité quant au choix des moyens de nuire à l'ennemi ni, selon l'article 23(e), «d'employer des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus»²⁰. La nécessité militaire est donc supplantée par des principes humanitaires rappelés par la Cour dans l'*Avis* qui dégage deux éléments significatifs:

- i. la protection de la population civile et des objets civils, ainsi que la distinction entre combattants et non-combattants;
- ii. la nécessité d'éviter des maux superflus et le fait que les États n'ont pas un droit illimité de choisir les armes qu'ils emploient.

La nécessité militaire est justifiée par un recours à la force dans la conduite des hostilités dans le cadre d'un conflit armé. Cet usage de la force doit dans une certaine limite procurer un avantage militaire dans la destruction d'une cible précise²¹. Cependant, les stratégies asymétriques développées ont marqué une nouvelle étape dans l'évolution des conflits qui caractérise la fin des années 1990, lesquelles

¹⁹ *Licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires*. Rapport de la CIJ, 1996, p. 226.

²⁰ *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*. La Haye, 18 oct. 1907.

²¹ Art. 52(2) du Protocole I.

stratégies sont davantage axées sur les opérations aériennes²². L'autre aspect est la supériorité qualitative de l'armement militaire. Dans la logique de la planification stratégique, les puissances militaires développent des technologies militaires, d'information et des munitions intelligentes, assurant ainsi une asymétrie des forces. Dans une telle situation, l'armée américaine a considéré que:

«The potential of such asymmetric approaches is perhaps the most serious danger the United States faces in the immediate future (...). The asymmetric methods and objectives of an adversary are often far more important than the relative technological imbalance, and the psychological impact of an attack might far outweigh the actual physical damage inflicted»²³.

Les nouvelles guerres asymétriques invitent la force attaquée à recourir à d'autres moyens de combat ou à éviter l'affrontement conventionnel direct. L'option pour des moyens de combats asymétriques a certes un objectif précis; on peut la considérer comme s'inscrivant dans la mouvance de gagner du temps et de retarder la défaite, voire de tenter de l'éviter. C'est une stratégie visant à essayer de briser les alliances, à tenter de démoraliser les forces ou la population civile de l'ennemi, et surtout à enlever à l'attaquant toute adhésion ou tout soutien de la part de l'opinion publique internationale²⁴. Ainsi, l'État le plus fort et possédant une grande capacité militarotechnologique d'aviation utilise à son avantage l'espace atmosphérique de l'ennemi comme rampe de lancement des hostilités²⁵. Quant à l'État le plus faible, il utilise des tactiques perfides en zone urbaine et dans les médias internationaux pour diffuser des images saisissantes des pertes militaires et humaines engendrées par la guerre. La stratégie des deux belligérants répond, selon le point de vue où l'on se place, à deux dynamiques de victoire à finalité diamétralement opposée. L'une vise à

²² Ainsi, l'effritement des principes de souveraineté et les inégalités de moyens entre les belligérants depuis la fin de la guerre froide ont donné lieu à la multiplication d'entités chaotiques ingouvernables et, de surcroît, à un monde multicentré. C'est-à-dire que l'espace politique est à la fois contesté et régi par les acteurs étatiques et non étatiques. Voir Karine Bannelier *et al.*, *L'intervention en Irak et le droit international*, Paris, A. Pedone (coll. Cahiers internationaux, n° 19), 2004, p. 32 [Bannelier, «L'intervention»].

²³ Voir National Imagery and Mapping Agency (NIMA), «*Joint Vision 2020*» dans <http://fas.org/irp/agency/nima/commission/toc.htm> (visité le 10 septembre 2008).

²⁴ Bannelier, «L'intervention», *supra* note 22, p. 9.

²⁵ Paul Fauchille, «Le bombardement aérien» (1917) 24 R.G.D.I.P., pp. 64-65.

dissuader les États parias d'attaquer des intérêts occidentaux d'une part, alors que d'autre part, l'adversaire tente de secouer la conscience de l'opinion publique internationale sur les attaques directes contre sa population civile.

3.1.4 De la prohibition à la protection de la cible

À priori, il importe de distinguer deux éléments aux effets et implications quelque peu différentes, soit le «bombardement» et l'«attaque». Selon Jean Salmon, «un bombardement peut être le fait des forces terrestres, de forces navales ou de forces aériennes»²⁶. Premièrement, la ratification du Protocole I (par près de 160 États) et du Protocole II (par 148 États) vient établir des paramètres juridiques assurant une protection générale contre les effets des hostilités lors des opérations de bombardements aériens. Deuxièmement, on retrouve l'«attaque» proprement dite, dont les champs d'applications sont énoncés aux dispositions de l'article 49(3) du Protocole I. Ceux-là s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens à caractère civil. Ils s'appliquent, en outre, à toutes les attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre, mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs. La question de la protection des populations civiles, et l'obligation de distinguer le civil du combattant, peut-elle toujours se poser dans ces nouvelles attaques menées à la verticale depuis les airs?

Deux constats peuvent être tirés des derniers conflits armés. Le premier est qu'après l'Opération *Desert Storm*, les attaques sont portées directement dans la zone urbaine. Deuxièmement, elle sert à limiter les incidences politiques que peuvent engendrer les médias et l'opinion publique relativement à des pertes humaines en sol occidental. Le second est la conséquence du premier, c'est-à-dire que la population civile dans la zone de bombardement subit (directement ou indirectement) les effets

²⁶ Jean Salmon, *Dictionnaire de droit international public*, «Bombardement». Universités Francophones, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 133.

de l'attaque. Le transfert des risques militaires vers la population civile de l'ennemi, selon les moyens et les méthodes employés, interpelle tout juriste quant aux normes conventionnelles et coutumières (de protection et de prohibition) régissant la conduite des hostilités. Partant de ce fait, la protection des populations civiles dans la conduite des hostilités tend à soulever un débat sur la limite de la prohibition qu'a un belligérant à protéger la population dans la zone de combat. La problématique de cette prohibition, on doit le dire, inspire des questions d'ordres moral et juridique. En 1952, après la Deuxième Guerre mondiale, Hersch Lauterpacht a écrit que:

«It is the prohibition, which is a clear rule of law, of intentional terrorization – or destruction-of the civilian population as an avowed or obvious object of attack that lies the last vestige of the claim that war can be legally at all. Without that irreducible principle of restraint there is no limit to the license and depravity of force»²⁷.

Cette citation de Lauterpacht, qui date de plus d'un demi-siècle, reflète la pensée d'une époque de l'histoire de l'humanité où la communauté internationale des grands juristes doutait de la possibilité d'imposer un cadre juridique dans la conduite des guerres totales. Lauterpacht confirme bien que le DIH interdit certaines attaques contre la population civile et des biens civils²⁸. Peu importe la nature du conflit (terrestre, naval ou aérien), cette protection est intransgressible et permanente, nonobstant que l'un des belligérants ne soit une partie contractante, voire un objecteur persistant de la norme coutumière²⁹. Il faut comprendre que l'immunité de la population civile s'inscrit dans une évolution idéologique de la société internationale et de l'ordre international de protéger et de proclamer le respect de la dignité humaine³⁰. Ainsi, dès sa création, la CIJ a rappelé et maintenu dans plusieurs affaires

²⁷ Hersch Lauterpacht, «The Problem of the Revision of the Law of War» (1952) 29 Brit. Y.B. Int'l L. 360.

²⁸ William J. Fenrick, «Justice in Cataclysm Criminal Trials in the Wake of Mass Violence: Attacking the Enemy Civilian as Punishable Offense» (1997) 7 Duke Journal of Comparative & International Law, 539.

²⁹ Jonathan I. Charney, «The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law» (1985) 56 British Yearbook of International Law, 1, p. 24.

³⁰ Alain Didier Olinga, «La notion de dignité en droit international des droits de l'homme, principe d'unification ou prétexte à manipulation?», *Dignité humaine en Afrique*, Cahier de l'UCAC n° 1, Yaoundé, PUCAC, 1996, pp. 233-234.

(du *Détroit de Corfou*, du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua*) l'existence de certains principes généraux et reconnus, comme les considérations élémentaires d'humanité, des principes encore plus absolus en temps de paix qu'en temps de guerre³¹. Toutefois, dans l'affaire du *Nicaragua*, la CIJ a rappelé aux belligérants que la conduite des opérations militaires est circonscrite à un ensemble de prescriptions juridiques venant limiter le choix et les moyens de nuire à l'ennemi. La Cour s'est tenue à préciser la proscription de l'emploi de certaines armes qui bafoueraient les principes cardinaux contenus dans les textes formant le tissu du droit humanitaire. Elle se référait particulièrement à la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868 et au Règlement annexe à la Convention VI de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre³². Ces principes sont non seulement reconnus en droit des conflits armés (Droit de La Haye), mais aussi par le DIH, communément appelé le Droit de Genève, tout de moins dans l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève du 12 août 1949³³. En reliant ces principes cardinaux aux termes de la clause Martens, l'énoncé de la Cour visait comme objectif d'assurer une protection à la population civile et aux biens à caractère civil, de même que d'interdire de causer des maux superflus aux combattants³⁴. En fait, la Cour traduit sa position en ces termes:

«[C'est] sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne

³¹ CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt, fond, arrêt du 9 avril 1949, Rec., 1949, p. 21; CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*. Arrêt du 24 mai 1980, Rec., 1980, pp. 42-43; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt du 27 juin 1986, CIJ, Rec., 1986, p. 112. Au sens du concept de considération d'humanité, il vise un ensemble de normes visant à protéger la vie, le bien-être et l'intégrité physique des personnes. Un cadre conceptuel en faveur d'une interprétation et de l'application de règles de droit international afin de protéger les droits de l'individu.

³² CIJ, *La licéité de l'emploi ou de la menace des armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec., 1996, par. 77.

³³ Pierre-Marie Dupuy, «Les considérations élémentaires d'humanité dans la jurisprudence de la Cour internationale de justice», *Mélanges Nicolas Valticos*, Paris, A. Pedone, 1999, p. 122 [Dupuy, «Considérations»].

³⁴ Parfait Oumba, «La Cour internationale de justice et la problématique des droits de l'homme». Voir [//www.memoireonline.com](http://www.memoireonline.com). Visité le 03/09/2007. Aussi voir CIJ, *La licéité de l'emploi ou de la menace des armes nucléaires*, avis consultatif du 8 juillet 1996, Rapport 257, par. 78; *Le Procureur c. Kuperskic et al.*, Jugement IT-95-16-T DE 14.01.00, par. 525 et ss.

humaine et pour des considérations élémentaires d'humanité [...] que la Convention IV de La Haye et les Conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des États»³⁵.

Dans son *Avis consultatif sur la Licéité des armes nucléaires*, la CIJ a affirmé que ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États et ce³⁶, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment³⁷, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier³⁸. L'aspect coutumier a-t-il résisté à la modernité des conflits? Dès lors, il importe de présenter le cadre normatif contemporain sur lequel s'est construit le droit applicable à la protection des populations civiles contre les effets des bombardements aériens. Cette norme a été codifiée dans les deux Protocoles additionnels de 1977 aux quatre Conventions de Genève de 1949. Cela vient affirmer la coexistence d'une règle de droit coutumier et d'une règle conventionnelle préexistante, ou bien la règle conventionnelle (liant à l'origine les États contractants) a fini par acquérir la qualité d'une règle de droit coutumier, du fait que les États non-parties à la convention ont suivi la conduite prescrite par le traité, dans la conviction que celle-ci s'impose en droit³⁹. Par conséquent, depuis la Conférence de 1907, un cadre normatif s'est développé, venant ainsi consigner le cadre juridique applicable aux bombardements aériens.

La règle de la prohibition de bombarder ne s'est pas concrétisée par une règle conventionnelle, si ce n'est que dans le cadre de rencontres de groupes d'experts internationaux. En fait, elle s'est plutôt établie comme règle coutumière dont

³⁵ *La licéité de l'emploi ou de la menace des armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec., 1996, p. 26.

³⁶ La particularité du droit coutumier s'exprime par le fait qu'un État peut être lié même s'il a refusé d'être partie au traité en cause. Elle est définie comme étant «*Les règles de droit liant les États procèdent de la volonté de ceux-ci. Volonté manifestée dans les conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit*». *Affaire Lotus (France c. Turquie)* 1927.

³⁷ Michael J. Matheson, «The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 Protocols Additional to the 1949 Geneva Conventions: Remarks» (1987), *American University Journal of International Law and Policy*, vol. 2, pp. 425, 426.

³⁸ *Le Procureur c. Kordic et Cerkez*, Chambres d'appel, TPIY, 17 décembre 2004, par. 54. [*Kordic et Cerkez*]

³⁹ *Kordic et Cerkez*, *Ibid.*, p. 95.

l'évolution est à nouveau réapparue au centre des débats ou bien en Europe par le Manuel de San Remo, ou bien aux États-Unis dans le cadre du projet de l'Université Harvard.

En effet, le droit coutumier nous permet de retrouver les premières interdictions relatives aux attaques aériennes et au lancement de projectiles du haut des airs à partir de plates-formes volantes. Les travaux de la *Commission de Washington de 1922* sur la limitation de l'armement ont donné lieu à l'adoption de la *Résolution de Washington de 1923*. Différents experts se sont penchés sur le droit à la guerre aérienne et le droit de lancer des projectiles du haut des airs par le moyen d'aéronefs même si le développement d'engins volants et l'innovation de la technologie étaient à l'époque quelque peu limités. Cette commission élaborait cinq articles spécifiques (de 22 à 25) qui encadreront la conduite des hostilités et les bombardements aériens. Malgré tous les engagements pris par les États, ces résolutions n'ont pas fait l'objet d'une codification conventionnelle⁴⁰. Du point de vue juridique, l'initiative de cette conférence représente les premières règles coutumières relatives aux bombardements aériens⁴¹. Il ne fait aucun doute que cette «nouvelle» logique de «conduire» la guerre suscite un réel débat et des critiques de la part de la communauté juridique.

4 L'objectif de la recherche

A priori, le droit international n'interdit ni l'utilisation de l'avion comme arme de guerre ni les méthodes de combat lors de la conduite des hostilités. Une règle non dite veut qu'à défaut d'une réglementation sur une arme de guerre nouvelle, une large marge de manœuvre soit laissée à celui qui en fait l'utilisation. En fait, la puissance aérienne est laissée à la doctrine militaire de chaque État. Par exemple, depuis la

⁴⁰ Matthew C. Waxman, «Siegecraft and Surrender: The Law and Strategy of Cities as Targets» (1999) 39 *Virginia Journal of International Law*, pp. 381-399 [Waxman, «Siegecraft and Surrender»]; Michael H. Howard, Georges J. Andreopoulos et Mark R. Shulman, «The Laws of War: Constraints on Warfare in the Western World» (1994), New Haven: Yale University Press [Howard et al «Constrains»].

⁴¹ R. Bierzanek, «Commentary to the 1923 Hague Rules for Aerial Warfare», dans N. Ronzitti, *The Law of Naval Warfare. A Collection of Agreements and Documents with Commentaries* (Nijhoff Publishers Dordrecht-Boston-London 1988), p. 396 [Bierzanek, «Commentary»].

guerre du Golfe de 1991, l'utilisation exponentielle de l'avion dans les opérations militaires et «humanitaires» porte à croire que les bombardements aériens d'objectifs militaires occuperont de plus en plus une place centrale dans le lexique militaire⁴². Lorsqu'un État cherche à protéger ou à favoriser des acquis militarostratégiques, il cherche particulièrement à défendre des intérêts qui lui sont avantageux stratégiquement parlant. En l'espèce, les relations internationales sont pour une large part conflictuelles. Quant au droit international, il aura lui aussi pour objectif de stabiliser des rapports de puissance entre les États. En l'espèce, il importe ici de rappeler que le droit international est un outil direct et indirect du combattant et des non-combattants. C'est-à-dire que par idéologie, le droit international s'est préoccupé de la protection de la vie humaine dans les conflits armés et de ceux qui risquent d'en subir les effets directs.

Les armes et les moyens de guerre ne constituent pas un secteur plus particulier du droit qu'un autre. Notre propos sera spécifique relativement au droit international régissant les bombardements et les raids aériens à partir de 1991. Nous tiendrons particulièrement compte des effets extraordinaires que provoque son utilisation dans les conflits armés, et son incidence en zone urbaine de l'ennemi. Le droit, dans son état actuel, ne régit pas une telle arme. Comme nous l'avons auparavant cité, contrairement au droit de la guerre terrestre et navale, le droit de la guerre aérienne ne possède pas un régime juridique qui lui soit propre.

Il est important, et cela constitue notre objectif, de dresser un portrait du cadre régissant ce type de conflit, d'analyser les instruments normatifs et de les commenter afin de distinguer les principes applicables aux opérations aériennes. En toute réalité, les faits sont que le droit régissant la guerre aérienne ne possède qu'un cadre juridique consigné dans divers instruments internationaux⁴³. Il importe alors d'effectuer un

⁴² Michael Horowitz et Dan Reiter, «When Does Aerial Bombing Work? Quantitative Empirical Test, 1917-1999», (2001)45 *Journal of Conflict Resolution*, n° 2, April, 147, 173 [Horowitz et Reiter, «Bombing Work»].

⁴³ Voir ces trois instruments: le Traité de Versailles de 1919, le Rapport du sous-comité des forces aériennes à la Conférence de Washington et le Protocole concernant la prohibition de l'emploi en temps de guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques.

exercice juridique, par analogie aux méthodes de combat précédentes⁴⁴. Depuis la Conférence de 1907, un cadre normatif prohibant les attaques aériennes s'est développé, venant consigner un cadre juridique applicable aux bombardements aériens. Suite aux atrocités des bombardements stratégiques sur les grandes villes européennes et asiatiques durant la Deuxième Guerre mondiale, la norme coutumière relative à la protection de la population civile contre les bombardements aériens a été codifiée dans les deux Protocoles additionnels de 1977 aux quatre Conventions de Genève de 1949⁴⁵. À juste titre, il suffit de rappeler que la Convention de 1907 de La Haye est obsolète.

Au premier chapitre, nous réunirons les éléments nous permettant de saisir le contexte dans lequel le droit de bombardement s'est développé (Chapitre I). Pour ce faire, nous examinerons les deux Conférences pour la paix de La Haye de 1899 et 1907 où les États présents recherchaient un consensus commun. Les discussions visaient à établir un droit (une norme) et une limite dans le droit d'utiliser l'avion à des fins militaires et le droit de lancer des projectiles incendiaires du haut des airs (section 1). Afin de compléter le portrait du contexte historique et normatif, nous nous attarderons au cadre juridique menant à la légitimation du droit de bombarder (section 2). Au second chapitre, il sera question de présenter les principes humanitaires fondamentaux applicables à tous les types de conflits armés, qu'ils soient terrestres, maritimes ou, par surcroît, aériens (section 1). Pour ce faire, la notion d'«objectif militaire» (section 2) et brièvement l'effet des «dommages collatéraux» à la lumière du droit international pénal (section 3) seront sources d'analyse.

⁴⁴ Certains auteurs considèrent que les opérations aériennes requièrent une codification au même titre que le droit régissant les guerres navale et terrestre. Le droit conventionnel reconnaît de façon unanime que les attaques, soit par des tirs de missiles ou de bombardements air-sol, doivent viser un objectif militaire net et précis. Avec les récents conflits des cinquante dernières années, d'autres critères humanitaires comme la *nécessité militaire*, la *proportionnalité*, la *distinction* et le principe d'*humanité* sont venus se greffer à la conduite des hostilités. Voir Ronzitti, «Codification» *supra* note 104, p. 4.

⁴⁵ Cela vient affirmer que la coexistence d'une règle de droit coutumier et d'une règle conventionnelle préexistante, ou de la règle conventionnelle, liant à l'origine les États contractants, a fini par acquérir la qualité d'une règle de droit coutumier, du fait que les États non parties de la convention ont suivi la conduite prescrite par le traité, dans la conviction que celle-ci s'impose en droit.

Enfin, en guise de conclusion, nous ciblerons l'importance que malgré le droit de se défendre en bombardant des objectifs militaires, l'ordre juridique international voue une grande importance à l'immunité des populations civiles contre les effets des attaques dans la zone de combat.

CHAPITRE I

L'ÉVOLUTION DU CADRE CONVENTIONNEL ET NORMATIF DE LÉGITIMATION DES BOMBARDEMENTS AÉRIENS

«Ce que l'on appelle la "target area bombing" fonde une nouvelle époque de l'histoire de l'Être. Des choses comme les humains ne sont plus du tout les objets d'une intentio recta, mais les contenus contingents d'un espace standardisé à détruire sur lesquels circulent des objectifs aléatoires».

Sir Arthur Harris
dans *Bomber Offensive*

Deux constats doivent être établis avant de procéder au développement partiel de notre problématique. Premièrement, en droit international, rien n'interdit l'utilisation des différents espaces atmosphériques comme rampes de lancement d'opérations militaires. Deuxièmement, aucun encadrement n'existe quant aux moyens et méthodes de combat auxquels doivent se soumettre les belligérants. Or, contrairement aux guerres terrestre et navale, la guerre aérienne n'est soumise à aucune réglementation. Il faut donc se référer au régime général propre au droit des conflits armés. Par conséquent, ce droit est dominé par deux vieux principes cardinaux: la proportionnalité dans l'usage de la force et la distinction entre combattants et non-combattants.

La chronologie d'une série d'événements déterminera la formation d'un cadre conventionnel pour un meilleur contrôle de la navigation aérienne. Un mouvement de désarmement ou d'interdiction pèse sur la question des bombardements aériens⁴⁶.

⁴⁶ C'était lors de la Conférence de la paix de La Haye de 1907, principalement aux articles 22 et suivants, que certaines prohibitions ont été formulées en terme généraux par l'Annexe à la IV^e Convention de La Haye de 1907.

C'est ainsi que de 1907 à 2009, le droit international s'est caractérisé par l'existence de dispositions accordant une certaine primauté aux principes humanitaires en matière d'armements considérant l'engouement des forces armées pour une mécanisation des forces. En réponse, un contre-courant vit le jour en 1907, dont l'objectif visait la prohibition et la limitation d'armes existantes ou nouvelles qui, de par leur nature, sont capables de causer des maux superflus à l'humain.

Dans ce chapitre, nous présenterons le cadre historique de la problématique: d'une part le lancement de projectiles incendiaires par la voie des airs durant les hostilités (Section 1), d'autre part le développement du processus normatif de légitimation des bombardements aériens (Section 2).

SECTION 1

LE LANCEMENT DE PROJECTILES INCENDIAIRES PAR LA VOIE DES AIRS

Il est possible de déceler deux manifestations essentielles d'un droit international en formation recherchant, par un consensus international lors de la Première (en 1899) et de la Deuxième (en 1907) conférence internationale de la paix de La Haye, à encadrer juridiquement et pacifiquement les différends diplomatiques (1.1) et à assimiler la guerre aérienne aux autres régimes terrestres et navals (1.2). Voyons donc ces deux manifestations.

1.1 Les Conférences internationales de la paix de La Haye de 1899 et 1907: l'encadrement juridique de la réglementation pacifique des différends diplomatiques et des conflits armés internationaux.

La première formulation internationale des droits des gens applicables en période de conflit armé, et où la base du mouvement humanitaire et du droit de la guerre puise son origine, se trouve dans les écrits de Montesquieu⁴⁷. L'esprit de ses écrits conduira à percevoir la guerre comme une relation hostile entre États et non entre hommes. Ce

⁴⁷ C'est dans *L'esprit des lois* où Montesquieu énonce que «[le] droit des gens est naturellement fondé sur ce principe que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus grand bien et dans la guerre le moins de mal», Charles de Montesquieu, *L'esprit des lois*, Paris, Livre I, ch. III, Ed. Garnier Frères, 1956, p. 9.

sera le début d'un mouvement voué à assurer une protection impérieuse aux «protégés» et «victimes» de la guerre: la population civile.

Deux concepts s'affrontent (inégalement) sur l'échiquier de la guerre: la nécessité et l'humanité. En effet, le «Mouvement de La Haye» débutera avec la Déclaration de Saint-Petersbourg du 11 décembre 1868⁴⁸. Elle est le premier accord formel visant à interdire l'utilisation de certaines armes durant la guerre. Dans cette déclaration, les Parties, faisant montre de préoccupations humanitaires et résolues à diminuer les souffrances humaines durant les conflits armés, s'engagent à renoncer à l'emploi «de tout projectile d'un poids inférieur à 400 grammes qui serait ou explosible ou chargé de matières fulminantes, ou inflammables»⁴⁹. Cette déclaration introduit deux notions fondamentales propres au droit de la guerre, à savoir le «but légitime» de la guerre et les «souffrances inutiles». Pratiquement, ces notions fixeront les limites techniques là où les nécessités de la guerre doivent s'arrêter devant les exigences de l'humanité⁵⁰. La réglementation des moyens et des méthodes de guerre, de manière à ne pas dépasser ce but, visait ni plus ni moins à ne causer aucune souffrance inutile aux personnes ne participant pas activement et directement aux hostilités. En fait, nous constaterons que c'est en contrôlant les moyens et en limitant les objectifs permis que le droit de la guerre contrôle et limite directement le but dans la guerre. C'est ainsi que l'on constate le caractère humanitaire du droit de la guerre⁵¹.

L'instrument érigé en pilier du droit de la guerre et établi par les deux conférences diplomatiques internationales de 1899 et 1907 est le «Règlement sur les lois et coutumes de la guerre sur terre», annexé à la Convention de 1899 puis à la Convention (IV) de 1907. La codification de La Haye, couvrant la réglementation des

⁴⁸ *Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*. Saint-Petersbourg, 11 décembre 1868.

⁴⁹ Aristidis Calogeropoulos-Stratis, *Le recours à la force dans la société internationale*, Lausanne-Paris, Librairie générale de droit de jurisprudence, 1986, p. 25.

⁵⁰ Préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg. Tout comme le reconnaît Jean-Jacques Rousseau dans son *Contrat social*, le but de la guerre est la destruction de l'État ennemi. Cependant, il a fallu réglementer les moyens et les méthodes de guerre, de manière à ne pas dépasser ce but, ni à causer des souffrances inutiles. Jean-Jacques Rousseau, *Le contrat social*, Livre I, ch. IV, Paris, Garnier Frères, 1954, p. 7.

⁵¹ Aristidis Calogeropoulos-Stratis, *Droit humanitaire et droit de l'homme – La protection de la personne en période de conflit armé*, Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, 1980, p. 26. [Calogeropoulos-Stratis, «Droit humanitaire»].

méthodes et moyens de combat aura un impact du XIX^e au XXI^e siècle et ce, conséquemment par l'élaboration des quatre Conventions de Genève de 1949, de ses deux Protocoles additionnels de 1977 et du Statut de Rome. Malgré que les deux conférences de 1899 et 1907 soient restées sans suite, elles ont par contre servi de référence à plusieurs instruments humanitaires⁵².

Le bombardement aérien semblait une pratique désastreuse et révoltante, incompatible avec les lois de l'humanité et de l'honneur militaire⁵³. On s'indignait à la pensée que les victimes seraient frappées du haut des airs, sans pouvoir se défendre contre un ennemi qui les accablerait, impunément, de projectiles. Ainsi, la guerre allait perdre tout le caractère d'une lutte loyale. De prime abord, les bombardements aériens semblaient donc inhumains et leurs résultats aléatoires étant donné, particulièrement, l'imprécision des tirs. Même à cette époque, on considérait que le lancement des projectiles par les aéronefs pouvait atteindre des personnes et détruire des objets en dehors de la lutte⁵⁴. Dès lors, la question des dommages collatéraux était source de réflexion. Bien que le droit de La Haye ait prévu certaines dispositions relatives aux règles du droit de la guerre, particulièrement sur les plans du ciblage et de la permission de l'usage de la force, peu de ces règles sont directement applicables à la guerre aérienne⁵⁵. Même si l'efficacité des aéronefs, comme moyens de guerre, n'était pas considérable et même mise en cause étant donné qu'aucune nation ne possédait la supériorité définitive des airs, toutes les puissances militaires européennes possédaient une flotte de ces engins de destruction afin d'utiliser l'espace atmosphérique à des fins militaires.

⁵² Une troisième conférence aurait dû avoir lieu. Ce projet était explicitement énoncé dans la «Déclaration relative à l'interdiction de lancer des projectiles et explosifs du haut des ballons», instrument n° XIV de la Conférence. Voir Calogeropoulos-Stratis, «Droit humanitaire», *Ibid.*, p. 25. Or, avant la Première Guerre mondiale, la guerre aérienne n'était qu'une conception purement imaginaire. À cette époque, personne ne songeait à interdire l'emploi des aéronefs. Or, avec les premiers vols des ballons dirigeables et l'intérêt des militaires de cette nouvelle invention, le danger que suscite l'avion à des fins de combats se précisa davantage. La rapidité du progrès technique dans la sphère de l'aéronautique soulèvera des inquiétudes quant à ses possibilités meurtrières et de destruction.

⁵³ François Mallet, *La conquête de l'air et la paix universelle*, Paris, 1910, p. 51.

⁵⁴ Frederick W. Holls, *The Peace Conference at The Hague*, New York, Macmillan, 1900, p. 98.

⁵⁵ DeSaussure, «Role of the Law», *supra* note 15, p. 45.

1.1.1 La Conférence de 1899 pour la réduction des armements

La première Conférence de la paix de La Haye (la Conférence de 1899) fut convoquée à l'initiative du tsar Nicolas II (première circulaire diffusée le 24 août 1898) «pour le maintien de la paix générale et une réduction possible des armements». Une seconde circulaire du tsar (diffusée le 11 janvier 1899) précisait la formulation un peu vague de la première en proposant huit questions à la Conférence. Les questions se ramenaient essentiellement à trois points principaux: 1) régler les usages de la guerre (notamment avec une prohibition de l'emploi de certains engins durant les hostilités), 2) la prévenir par l'emploi de bons offices, de la médiation et de l'arbitrage, 3) rendre la paix armée moins lourde aux peuples en stipulant la non-augmentation des effectifs et des budgets militaires et même, si possible, en préparant la réduction⁵⁶.

La conférence s'est tenue à La Haye (aux Pays-Bas) le 18 mai 1899⁵⁷. Ce sera la première occasion pour les puissances étatiques de régler la conduite de la guerre aérienne. Les sentiments sont partagés, entre les nations présentes, quant à toute limitation ou réglementation des usages de la guerre. Par conséquent, cette conférence a permis d'adopter la *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*. L'article 23(g) de l'Annexe évoque qu'il est essentiellement prohibé de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre. De plus, ce dernier reprend les articles 14 et 15 du Code de Lieber de 1863⁵⁸, dont la formulation s'était faite à la négative plutôt qu'à la positive, tel que prescrit au Code. Ce langage est un corollaire fondamental au principe de la distinction voulant que les manifestations de violence soient dirigées uniquement vers des objectifs militaires. À

⁵⁶ Dominique Gaurier, *Histoire du droit international*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2005, pp. 413-414 [Gaurier, «Histoire»].

⁵⁷ Signée à La Haye le 29 juillet, 1899, 32 STAT 1839. Voir Arthur Eyffinger, *The 1899 Hague Peace Conference: The Parliament of Man, the Federation of the World*, The Hague/London/Boston, 1999.

⁵⁸ Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique.

l'article 25, on énoncera la prohibition d'attaquer ou de bombarder des villes, villages, habitations ou bâtiments *qui ne sont pas défendus*⁵⁹. Les propriétés culturelles, les hôpitaux et objets civils similaires sont eux aussi protégés contre les attaques directes tant et aussi longtemps qu'ils ne sont pas utilisés à des fins militaires, ou qu'aucune nécessité militaire impérieuse n'existe pour justifier leur saisie ou leur attaque⁶⁰. L'intention de cet article était autant de codifier la pratique existante que de créer un nouveau droit⁶¹.

Hormis le fait que les conférenciers aient établi un consensus destiné à limiter les effets de la guerre sur les populations civiles, l'opinion générale de la société civile, à cette époque, était particulièrement hostile à la guerre aérienne et ce, pour des raisons d'humanité. D'autre part, pour des raisons purement stratégiques, les puissances européennes telles que la France, l'Angleterre, l'Allemagne, la Russie et l'Italie se disputaient la course à la garnison d'une flotte d'engins flottants. En fait, ce qui explique l'intérêt de convoquer les nations à la Conférence de 1899 est le désir de la Russie de contrôler la course aux armements avec le Bloc de l'Europe occidentale. C'est sous la proposition de la Russie que les représentants des États participants ont convenu de prohiber la décharge d'explosifs ou de projectiles des ballons dirigeables pour une période initiale de 5 ans⁶². Cependant, les États renoncèrent à l'utilisation d'aéronefs de guerre et votèrent la Déclaration du 29 juillet 1899. On pouvait lire en ces termes:

«Les soussignés, plénipotentiaires des Puissances représentées à la Conférence Internationale de la Paix de La Haye, dûment autorisés à cet effet par leurs gouvernements, s'inspirent des sentiments qui ont trouvé leur expression dans la Déclaration de Saint-Petersbourg du 29 novembre au 11 décembre 1868, déclarent: les Puissances contractantes consentent, pour une durée de cinq ans, à l'interdiction de

⁵⁹ *Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.*

⁶⁰ *Convention II, Ibid.* art. 27.

⁶¹ James Brown Scott, *The Hague Peace Conference of 1899 and 1907*, Baltimore, 1909; 1939, p. 537.

⁶² Lee B. Kenneth, *A History of Strategic Bombing*, New-York, Charles Scribner's Sons, 1982, p. 63; Ward Thomas, *The Ethics of Destruction – Norms and Force in International Relation*, Ithaca and London, New-York, Cornell University Press, 2001, p. 99.

lancer des projectiles et des explosifs du haut des ballons ou par d'autres modes analogues nouveaux»⁶³.

À priori, cette norme laisse ostensiblement croire qu'elle est de nature humanitaire, mais elle entretenait une autre intention. En effet, cette prohibition normative répond plutôt à des considérations purement stratégiques de la Russie. C'est-à-dire qu'avant que la Russie soumette cette proposition, le programme de développement de dirigeables de ce pays accusait un certain retard comparativement à la France et à l'Allemagne⁶⁴. Il n'est pas surprenant que sa proposition ait suscité une divergence d'opinions lors de la conférence. Les délégués (entre autres de la France, de l'Allemagne, des États-Unis et de l'Angleterre) se sont opposés à cette restriction. Les États de faible puissance se sont plutôt rangés de façon favorable à la proposition russe pour une prohibition absolue des bombardements aériens. Malgré le désaccord des Britanniques, les Américains ont décidé d'appuyer la proposition russe afin de bannir les bombardements aériens pour une durée de 5 ans. Ainsi, les Britanniques s'opposèrent à une telle solution, considérant que l'utilisation de ballons dirigeables pourrait contrebalancer l'infériorité numérique relative de sa capacité militaire sur le continent européen. La résistance anglaise s'est estompée par un appui des Américains en faveur des Anglais dans la lutte contre les munitions «dum-dum». Selon Morton William Royse, cette prohibition de cinq ans s'est avérée cruciale afin de parvenir à un accord, mais elle était tout aussi sans pertinence en considérant qu'à cette époque le développement des engins aériens était à un stade assez primitif de son développement. Donc, une prohibition de les utiliser durant les hostilités comptait peu⁶⁵. En fait, même si une prohibition était déclarée sur l'utilisation de l'avion comme arme de guerre, les États reconnaissaient la venue prochaine d'un grand

⁶³ Déclaration du 29 juillet 1899 concernant l'emploi de projectiles qui répandent des gaz asphyxiants ou délétères.

⁶⁴ Donald Cameron Watt, «Restraints on War in the Air Before 1945» dans Michael Howard, *Restraints on War: Studies in the Limitation of Armed Conflict*, New York, Oxford University Press, 1979, p. 60.

⁶⁵ Morton William Royse, *Aerial bombardment and the International Regulation of Warfare*, New York, Harold Vinal Ltd., 1928, p. 121.

changement technologique dans l'art de faire la guerre et dont les conséquences étaient alors méconnues.

Sur le plan constructif, la Conférence de 1899 déboucha sur la création de trois commissions. La première porta sur le désarmement. Elle avait pour tâche d'étudier l'arrêt des armements durant un certain temps, le maintien des armes actuelles et l'interdiction de l'emploi de projectiles ou d'engins de guerre nouveaux. Le mandat de la seconde commission était d'aborder la question de la réglementation des lois de la guerre. Elle se subdivisa en deux sous-commissions. La première avait pour tâche de modifier la Convention de Genève de 1864 (et qui fut modifiée, justement, en 1868) relativement à l'amélioration du sort des blessés de guerre, et son extension à la guerre maritime. La seconde sous-commission, quant à elle, était d'aborder les lois de la guerre sur terre. Cette sous-commission donna lieu à l'élaboration de deux actes qui seront rattachés aux articles additionnels de la Convention de Genève adoptés en 1868⁶⁶. Le premier acte avait pour but de protéger les victimes de la guerre maritime (blessés ou naufragés), considérant que les articles de Genève n'avaient pas eu de suite. Le second acte de 60 articles, relatif aux règles de la guerre sur terre, et inspiré de la Déclaration de Bruxelles de 1874⁶⁷, est toutefois resté sans suite et ce, faute de signature⁶⁸. Finalement, la troisième commission consacra ses travaux aux bons offices, à la médiation et à l'arbitrage. Les travaux des trois commissions auront donné lieu à l'adoption de trois conventions, à savoir:

- 1) la Convention pour règlement pacifique des conflits internationaux. Elle a été acceptée par les vingt-six États représentés;
- 2) la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Chine et la Suisse refusèrent d'y souscrire, et;
- 3) la Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève du 22 août, 1864, acceptée par tous les États représentés.

⁶⁶ Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne. Genève, 22 août 1864.

⁶⁷ Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre. Bruxelles, 27 août 1874.

⁶⁸ Gaurier, «Histoire», *supra* note 56, pp. 416-417.

Dans le dernier cas, des réserves ont été émises par l'Allemagne, la Grande-Bretagne, les États-Unis et la Turquie sur l'article 10 relatif aux débarquements de naufragés dans un port neutre⁶⁹. Les délégués votèrent trois déclarations le 29 juillet 1899 (au terme de la conférence) rédigées en ces termes:

«Les soussignés, plénipotentiaires des Puissances représentées à la Conférence Internationale de la Paix de La Haye, dûment autorisés à cet effet par leurs gouvernements, s'inspirant des sentiments qui ont trouvé leur expression dans la Déclaration de Saint-Petersbourg du 29 novembre-11 décembre 1868, déclarent:

- i. Les Puissances contractantes consentent, pour une durée de cinq ans, à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons ou par d'autres modes analogues nouveaux. Seule la Grande-Bretagne refusa de signer;
- ii. Les Puissances contractantes s'interdisent l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères et;
- iii. Les Puissances contractantes s'interdisent l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que les balles à enveloppe dure dont l'enveloppe ne couvrirait pas entièrement le noyau ou serait pourvue d'incisions».

Les nations présentes lors des négociations multilatérales ont estimé que la limitation des charges militaires qui pesaient actuellement sur le monde était grandement désirable pour l'accroissement du bien-être matériel et moral de l'humanité. Ainsi, au terme de la Conférence, les délégués adopteront un acte final énonçant les projets de traités et de déclarations adoptés durant les discussions. Pour ce faire, ces projets étaient isolés les uns des autres et pouvaient faire l'objet d'une adhésion ou d'un rejet de la part de chacune des nations présentes⁷⁰.

En apparence, la Conférence de 1899 visait le désarmement et la prévention de la guerre. D'un autre point de vue, elle se proposait apparemment de faire avancer la cause du DIH sur l'échiquier international de l'époque. Wo-Chiang Lin considère

⁶⁹ Article 10 – Les naufragés, blessés ou malades, qui sont débarqués dans un port neutre, du consentement de l'autorité locale, devront, à moins d'un arrangement contraire de l'État neutre avec les États belligérants, être gardés par l'État neutre de manière à ce qu'ils ne puissent pas de nouveau prendre part aux opérations de la guerre. Les frais d'hospitalisation et d'internement seront supportés par l'État dont relèvent les naufragés, blessés ou malades.

⁷⁰ Gaurier, «Histoire», *supra* note 56, pp. 416-417.

qu'«un accord pour renouveler la prohibition était prévu en 1907, pour un temps limité, mais sans toutefois avec la même unanimité»⁷¹.

En très peu de mots, nous pouvons résumer que le consensus international misait à faire reconnaître par le droit international deux éléments distincts. Le premier de ces éléments est la distinction à faire entre une ville défendue et une ville qui ne l'est pas. Le second est d'imputer certaines obligations au commandant de l'air. En détail, la disposition de l'article 25 interdisait de bombarder des villes qui n'étaient pas défendues et l'article 26 obligeait le commandant des troupes assaillantes à avertir les autorités avant d'entreprendre un bombardement. En principe, avant un bombardement aérien, le commandant responsable devait prendre tous les moyens en son pouvoir afin d'avertir les autorités locales. L'article 29 de la deuxième Convention, particulièrement le dernier paragraphe, apportait une exclusion des individus envoyés en ballon pour assurer la communication de dépêches entre les parties d'une armée ou d'un territoire. Dans son ensemble, l'adoption de la Déclaration n'a rencontré aucune opposition. Les puissances contractantes ne consentaient aucun sacrifice en renonçant à un droit qu'elles étaient incapables d'exercer⁷². Toutefois, cette restriction de bombarder les villes non défendues signifiait un rattachement de la réglementation des opérations aériennes à la logique du bombardement de villes assiégées, car il était interdit d'attaquer une ville ouverte à une occupation.

Finalement, la Conférence de 1899 condamna les bombardements aériens, et toutes les Puissances militaires ayant adhéré à la Déclaration de 1899 renoncèrent tacitement à la guerre aérienne. Cependant, cette déclaration n'a pu trouver application. Elle vint à expiration au bout de cinq ans et donna ouverture à une seconde conférence internationale, soit en 1907. Il devenait donc important de prévoir une seconde conférence afin de délimiter la portée des attaques et l'encadrement juridique des différends internationaux. C'est ce que nous verrons à la seconde sous-section.

⁷¹ Wo-Chiang, Lin, «Aeronautical Law in the Time of War» (1932) 3 J. Air L. & com, pp. 82-83.

⁷² Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, p. 16.

1.1.2 La Conférence de 1907 pour la délimitation juridique des attaques aériennes

Les relations russo-américaines pour le désarmement ne datent pas de la période de la guerre froide. En fait, ces deux pays tissent des relations diplomatiques sur la question du règlement pacifique des conflits et ce, depuis la fin du XXe siècle. Un effort international pour la paix en Europe a nécessité une session entre puissances militaires à La Haye. La Conférence de 1907 s'est tenue des 15 au 18 octobre 1907⁷³. Le tsar de Russie fit part au président des États-Unis de l'époque (Théodore Roosevelt), par un mémorandum, de son intention de provoquer une seconde Conférence de la Paix et sollicitait du même coup son concours. Le président américain acquiesça volontiers à sa demande. Dès le 27 septembre 1907, fort de cet appui américain, le gouvernement russe fit part aux puissances de son projet⁷⁴. La conférence comptait continuer dans le même cadre que la première rencontre de 1899. Les questions préoccupantes essentiellement abordées s'attachaient à la résolution pacifique des conflits internationaux, aux lois de la guerre et aux nouvelles questions liées au droit maritime de la guerre russo-japonaise. Sur quarante-huit États conviés, quarante-quatre furent représentés⁷⁵. Contrairement à la Conférence de 1899, ce furent donc vingt-deux nouveaux États qui prirent part à la Conférence de 1907. Celle-ci avait pour objectif d'interdire d'attaquer et de bombarder via les airs, par des ballons dirigeables ou «quelques moyens analogues» que ce soit des villes, des villages, des habitations ou des bâtiments qui ne sont pas défendus⁷⁶.

⁷³ *Deuxième Conférence internationale de la paix de La Haye de 1907*. (15 juin – 18 oct. 1907). Actes et documents.

⁷⁴ Gaurier, «Histoire», *supra* note 56, p. 420.

⁷⁵ Précisément l'Allemagne, les États-Unis d'Amérique, la République d'Argentine, l'Autriche-Hongrie, la Belgique, la Bolivie, le Brésil, la Bulgarie, le Chili, la Chine, la Colombie, la République de Cuba, le Danemark, la République Dominicaine, la République de l'Équateur, l'Espagne, la France, la Grande-Bretagne, la Grèce, le Guatemala, la République d'Haïti, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, le Monténégro, la Nicaragua, la Norvège, le Panama, le Paraguay, les Pays-Bas, le Pérou, la Perse, le Portugal, la Roumanie, la Russie, le Salvador, la Serbie, le Siam, la Suède, la Suisse, la Turquie, l'Uruguay et les États-Unis du Venezuela.

⁷⁶ Ake Hammarskjöld et *al.* «La protection des populations civiles contre les bombardements» (1930) RICR, Genève, 57.

Du point de vue juridique, l'initiative de 1907 représente, en importance, les premières règles du droit coutumier. En fait, le travail des conférenciers visait à obtenir un consensus international des grandes puissances militaires de l'époque (la France, la Russie, l'Italie et l'Allemagne) sur les moyens et méthodes de la conduite des hostilités aériennes. Dans cette convention, on fera spécifiquement référence à l'usage de la force disproportionnée dans les attaques et bombardements aériens⁷⁷. La délégation de la Belgique demanda à la deuxième commission de renouveler la Déclaration du 29 juillet 1899 pour une période de cinq ans. Ainsi, à la séance du 5 août 1907, les délégations de Russie et d'Italie déposèrent, devant la première sous-commission, deux amendements subsidiaires, dans le cas où la proposition belge ne serait pas adoptée. La stratégie des Russes visait à remplacer la prohibition générale et temporaire par un certain nombre de restrictions permanentes. Par exemple, il serait interdit de «bombarder ou d'attaquer, soit par l'artillerie, soit en lançant des projectiles ou explosifs du haut des ballons, ou à l'aide d'autres modes analogues nouveaux, des villes, villages, habitations ou bâtiments, qui ne sont pas des établissements ou des dépôts pouvant être utilisés par l'ennemi pour les buts de la guerre». L'Italie, quant à elle, déposa un amendement condamnant le bombardement «du haut des ballons qui ne sont pas dirigeables et montés par un équipage militaire». Par conséquent, les Italiens soumettaient le bombardement par les ballons militaires «aux restrictions acceptées pour la guerre terrestre et maritime, en tout ce qui est compatible avec ce nouveau mode de combat». L'Italie et la Russie, en séance plénière devant la commission du 14 août 1907, soutiendront d'un commun accord un amendement qui assurera de façon permanente aux villes, villages et habitations non défendus, l'immunité contre une attaque ou un bombardement, même à l'aide d'un ballon ou d'autres moyens analogues nouveaux⁷⁸. De là, on procèdera à l'amendement de certaines dispositions de la Convention de 1899.

Tout comme on l'avait fait à la Conférence de 1899, quatre commissions ont été constituées, chacune (sauf la quatrième) étant elle-même subdivisée en sous-

⁷⁷ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, Rapport. [1986] CIJ, pp. 112-114, par. 215-218.

⁷⁸ Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, pp. 16-17.

commissions et en comités⁷⁹. Lors de la signature de l'Acte final (le 18 octobre 1907), treize conventions et une déclaration ont été arrêtées⁸⁰. Devant l'impossibilité de résoudre dans l'immédiat la problématique que causaient l'avion comme arme de guerre et le largage de bombes incendiaires, les plénipotentiaires ont disposé à entamer le pas par l'adoption d'une Déclaration relative à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut des ballons⁸¹. En ce qui concerne spécifiquement la question des bombardements aériens, les délégués ont requis une solution «grande vitesse» par une assimilation normative de la guerre aérienne à celle des guerres terrestre et maritime, c'est-à-dire que l'article 23(g) de la Convention (II) de 1899 a été recodifié sans aucune modification à l'article 23(g) de l'Annexe (IV) de La Haye de 1907. Ainsi, la conférence de 1907 s'est particulièrement attardée sur l'objet de la Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre de 1907. Un fait notable est que les dispositions de la Convention (IX) de La Haye sont plus claires et font preuve d'autorité contrairement à la Convention (IV) de

⁷⁹ Gaurier, «Histoire», *supra* note 56, p. 424. La première commission a porté sur l'arbitrage et les questions annexes. Dans la seconde, il a été question de l'étude des questions relatives au droit de la guerre continentale. Les questions relevant du droit de la guerre et de la neutralité maritime ont été traitées par la troisième commission. Quant à la quatrième commission, elle se consacra à l'étude de plusieurs questions reliées de près au droit maritime.

⁸⁰ (1) Convention (I) pour le règlement pacifique des conflits internationaux; (2) Convention (II) concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles; (3) Convention (III) relative à l'ouverture à la fermeture des hostilités; (4) Convention (IV) concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre; (5) Convention (V) concernant les droits et les devoirs des Puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre; (6) Convention (VI) relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités; (7) Convention (VII) relative à la transformation des navires de commerce en bâtiment de guerre; (8) Convention (VIII) relative à la pose des mines sous-marines automatiques de contact; (9) Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre; (10) Convention (X) pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève; (11) Convention (XI) relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime; (12) Convention (XII) relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises et; (13) Convention (XIII) concernant les droits et devoirs des puissances neutres en cas de guerre maritime.

⁸¹ Cette déclaration a été signée par les États-Unis, l'Argentine, la Belgique, la Bolivie, le Brésil, la Bulgarie, le Chili, la Colombie, Cuba, la République dominicaine, la Grèce, Haïti, le Luxembourg, la Norvège, le Panama, les Pays-Bas, le Pérou, la Perse, le Portugal, le Salvador, le Siam et l'Uruguay. Toutefois, il importe de souligner que les trois Conventions de 1899 ne cessent d'être obligatoires pour les signataires que dans la mesure où ceux-ci n'ont pas signé et ratifié les Conventions de 1907 portant sur les mêmes objets que les Conventions (I), (IV) et (X).

1907⁸². Tout en répétant les restrictions relatives aux bombardements contenues dans la Convention (IV), l'article 2 de la Convention (IX) de La Haye identifie quelques objectifs militaires qui peuvent être particulièrement attaqués. La Convention (IX) est un point significatif. Elle a été le premier traité à reconnaître le lien entre un bombardement et la valeur de l'objectif militaire, sans se préoccuper de savoir si la cible figure au sein d'une ville ou d'un village défendu. De plus, elle est le seul instrument où figure une liste d'objectifs militaires qu'on retrouve dans tous les traités relatifs au droit de la guerre. Il est donc permis de bombarder les établissements militaires ou navals, les ateliers ou installations propres à être utilisés pour les besoins de la flotte ou de l'armée ennemie, les dépôts d'armes ou de matériels de guerre⁸³.

Les adversaires de la proposition russo-italienne soumièrent à la commission que l'interdiction recherchée, c'est-à-dire l'immunité des villes, villages et habitations non défendus, se trouvait déjà contenue dans le texte (alors en vigueur) de l'article 25 du règlement concernant les lois et les coutumes de la guerre sur terre. Par conséquent, il ne suffisait que d'introduire le phrasé «par quelque moyen que ce soit» après le phrasé «il est interdit d'attaquer ou de bombarder»⁸⁴. L'intention des États était claire. Ils voulurent «bannir» le lancement de projectiles incendiaires en zone de combat afin d'éviter une panique de la population civile. C'est à l'article 25 de l'Annexe (IV) que l'on constatera l'effort des États de bannir les décharges de projectiles du haut des airs par le vote du 17 août 1907 lors de la séance plénière. Cet article se réfère directement aux lois et coutumes de la guerre sur terre en prohibant l'attaque ou le bombardement, en utilisant l'expression «par quelque moyen que ce soit» afin de protéger les villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas

⁸² Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907; H.W. Parks, «Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives» dans *International Humanitarian Law Facing New Challenges: Symposium in Honour of Knut Ipsen*, 2007, p. 70. [Parks, «Asymmetries»].

⁸³ Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, pp. 52-53.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 18. Voir Ernest Lémonon. *La seconde Conférence de la Paix*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1912, p. 382.

défendus⁸⁵. Le vote par les plénipotentiaires en faveur de cet article s'explique par le fait que la disposition qu'il contient devait avoir, comme la convention à laquelle il faisait partie, un effet définitif et permanent. La déclaration spéciale destinée aux ballons dirigeables ne devait avoir qu'une durée provisoire et temporaire, n'ayant été votée en 1907 que pour une période allant jusqu'à la fin de la troisième Conférence internationale de la paix⁸⁶. Tout comme ce fut le cas pour l'article 25, un débat a été nécessaire pour l'article 27 relativement à la protection des propriétés culturelles, religieuses, historiques et médicales, sauf si elles constituaient des objectifs militaires.

Le 18 octobre 1907, les plénipotentiaires renouvèleront la Déclaration de 1899 et ce, au-delà d'une période de cinq ans. En principe, elle devait subsister jusqu'à la réunion de la troisième Conférence internationale de la paix prévue pour 1914⁸⁷: une conférence qui n'aura jamais eu lieu. Ainsi, les engagements de la Déclaration de 1907 cessèrent de prendre effet, ce qui permit aux Parties contractantes de retrouver leur pleine liberté d'action de bombarder via les airs⁸⁸. Cependant, l'acceptation de la norme prohibant les bombardements aériens a obtenu un accord partagé. En fait, 29 puissances se sont prononcées en faveur de la nouvelle convention, mais seuls de petits États avaient adopté la déclaration, à l'exception des États-Unis, de l'Autriche-Hongrie et de la Grande-Bretagne. Les grandes puissances militaires du continent européen (la France, la Russie, l'Allemagne et l'Italie) n'y ont pas adhéré⁸⁹.

En fait, il faut considérer que les conférenciers présents ont fait preuve de prudence dans la rédaction des engagements des Parties contractantes de la Convention de 1907 lors de la conférence. Or, dans cet élément de prudence, y est voilée une intention de maintenir la position stratégique de chacun des États quant à leur puissance militaire en terme de qualité et de quantité nonobstant le fait que

⁸⁵ *Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*. La Haye, 18 octobre 1907. Annexe à la Convention: *Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre*. Section II – Des hostilités. Chapitre I – Des moyens de nuire à l'ennemi, des sièges et des bombardements.

⁸⁶ Fauchille, «Le bombardement aérien», *supra* note 86, p. 65.

⁸⁷ Point 5 de la Déclaration figurant à la l'Acte final de la Conférence internationale de la paix de 1907.

⁸⁸ Georg Schwarzenberger, «The Law of Air Warfare and The Trend Toward Total War» (1959) *American University Law Review*, vol. 8, Janvier, n° 1, p. 4. [Schwarzenberger, «Air Warfare»].

⁸⁹ Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, p. 19.

l'objet de la conférence était de paver le pas à la paix et de protéger les premières victimes de la guerre: les civils. Pour ce faire, il faut distinguer que même à cette époque, les puissances tenaient fortement à ce que la question des bombardements aériens ne porte aucune limite et ce, sur les plans tant juridique que politique. S'il y a réglementation dans l'utilisation de l'avion comme arme de guerre, elle ne peut se faire que dans la limite d'un instrument juridique multilatéral liant les puissances militaires sans toutefois empiéter sur leur droit à défendre leur souveraineté territoriale.

En effet, il faut distinguer deux éléments. Le premier de ces éléments est la prétention des puissances militaires dans leur volonté d'imposer aux futurs belligérants des règles incontestées à un moyen de guerre dont à l'époque ils n'en connaissaient aucunement les limites, la puissance, et encore moins le développement de la technologie du futur. Un autre aspect dont il faut faire mention est l'assimilation de la guerre aérienne à la guerre navale, relativement aux méthodes de combats. À notre avis, ces deux moyens sont des considérations assez différentes. Ainsi, le théâtre de combat des hostilités tridimensionnelles diffère largement d'une zone de combat bidimensionnelle qu'offrent la terre et la mer. À cette époque, on concevait les attaques aériennes comme auxiliaires aux opérations terrestres et navales. En effet, les conflits armés du XXI^e siècle nous ont démontré, entre autres lors de l'intervention des forces de l'OTAN, que la puissance aérienne à elle seule peut procurer la victoire et contraindre l'ennemi à capituler sans condition⁹⁰.

Le second élément est la protection des grandes puissances dans leur intérêt d'avoir recours et d'user de la force afin d'assurer leur sécurité nationale. L'intention des parties, en choisissant un mode de rédaction très souple, n'a certainement pas été

⁹⁰ Peter Kovacs, «Intervention armée des forces de l'OTAN au Kosovo: Fondement de l'obligation de respecter le droit international humanitaire» (2000) RICR n° 837, pp. 103, 128 [Kovacs, «Intervention»]; voir la note 6 dans Peter Rowe, «Kosovo 1999: The Air Campaign – Have the Provisions of Additional Protocol I Withstood the Test?» IRRC. no. 837, 147-164 «Secretary-General of NATO at NATO Press Conference» [Rowe, «Kosovo»]; Yves Sandoz et Frits Kalshoven, *Mise en œuvre du droit international humanitaire*. Martinus Nijhoff Publishers. London, 1989, p. 381 [Kalshoven, «Humanitaire»]; William J. Fenrick, «Targeting and Proportionality During the NATO Bombing Campaign Against Yugoslavia» (2001) 12 *European Journal of International Law*, n° 3, p. 496 [Fenrick, «Targeting»].

de rendre l'engagement éternel, au cas où cette Conférence ne viendrait à avoir lieu qu'en 1914. Si une preuve spécifique était requise pour mettre fin à l'engagement des Puissances contractantes, on la retrouverait dans de futurs travaux (par exemple, la Commission instituée en vertu des résolutions de Washington lors de la Conférence sur la limitation des armements de 1921)⁹¹. Dans le cas contraire, il ne serait pas raisonnable de considérer que la Convention de 1907, suivant les effets de l'article 25, cesse automatiquement et que les Parties contractantes soient libres de mener unilatéralement et sans discrétion des bombardements aériens⁹². Mais alors, il faudra comprendre que l'interdiction de bombarder s'appliquait uniquement aux Puissances qui avaient adhéré aux conventions. Advenant un conflit armé, les interdictions prenaient effet uniquement pour deux ou plusieurs d'entre elles. Par conséquent, ces interdictions devenaient caduques advenant l'entrée en guerre d'une Puissance non contractante. Un fait étonnant est que les États de petite puissance ont consenti à la proscription du bombardement aérien sans même posséder une capacité militaire aérienne. À l'opposé, les grandes Puissances étaient pourvues de flottes aériennes. Considérant le contexte militaire européen de l'époque, il y en a peu qui étaient portés à croire raisonnablement en l'efficacité de la Convention de 1907⁹³.

En terminant, la tentative de prohiber le bombardement aérien fut certes fondée sur de bonnes intentions de la SDN de l'époque. Cependant, un doute persistait dans l'esprit des juriconsultes advenant un conflit en Europe continentale, sachant que la doctrine de guerre consisterait à anéantir totalement l'ennemi. En fait, les deux conférences pour la paix de La Haye de 1899 et 1907 n'ont rien à voir avec une conférence pour la paix comme le suggèrent leurs titres respectifs. Les Européens n'entendaient pas de conclure la paix, mais de la préserver, non plus de mettre fin à la guerre, mais de l'encadrer juridiquement.⁹⁴ Au plus, il s'agissait de créer un cadre

⁹¹ *Conférence de la limitation des armements* (Washington, 12 novembre 1921 au 6 fév. 1922) – Actes et documents.

⁹² Schwarzenberger, «Air Warfare», *supra* note 88, p. 4.

⁹³ Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, p. 20.

⁹⁴ Selon Arthur Eyffinger, «[ces] conférences étaient plus ou moins des rencontres diplomatiques entre puissances souveraines en opposition sur des perceptions de la société internationale et du régime juridique gouvernant l'ordre international». Voir Arthur Eyffinger, «A Highly critical

spécifique à la guerre aérienne afin d'y avoir recours, mais dans un cadre bien défini par des règles juridiques reconnues et acceptées des parties contractantes. Pour ce faire, il devenait nécessaire que les États entretiennent une visée commune des deux Conventions de La Haye. C'est ce que nous analyserons dans la seconde sous-section de la première section.

1.2 Les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907: l'assimilation de la guerre aérienne au régime général du droit la guerre

Lorsque les puissances militaires se sont rencontrées à deux reprises à La Haye (en 1899 et 1907), elles se sont assises de concert pour s'entendre premièrement sur le droit à appliquer et deuxièmement, sur la coutume à respecter dans la conduite des hostilités. Autrement dit, dans les relations entre États et autres sujets de droit international, le recours à la force reste toujours le problème le plus important, puisqu'il est particulièrement considéré comme une question de fait. Des efforts sérieux ont été déployés aussi bien dans la doctrine que dans la pratique afin que la conduite des hostilités obéisse à des règles obligatoires en plus d'être soumise à certaines formalités et, par exception, à des restrictions ayant pour objet la limitation du droit de recours à ce moyen⁹⁵. Donc, dans le domaine normatif, les délégués ont réussi à réaliser une codification assez poussée du droit de la guerre et de la neutralité. En plus, la Conférence de 1907 a davantage permis de régulariser et d'humaniser les processus de guerre, d'appliquer le droit aux faits de guerre, de concrétiser en quelque sorte un véritable *jus in bello*⁹⁶. C'est le droit de la guerre applicable à la conduite des hostilités⁹⁷.

moment: Role and Record of the 1907 Hague Peace Conference» Netherlands International Law Review, vol. LIV, issue 2, T.M.C. Asser Press, 2007, pp. 198-199.

⁹⁵ Calogeropoulos-Stratis, «Droit humanitaire», *supra* note 51, p. 7.

⁹⁶ Gaurier, «Histoire», *supra* note 56, pp. 428-429.

⁹⁷ Bannelier, «L'intervention», *supra* note 22, p. 66.

1.2.1 Le *jus in bello*

Dans sa conception, le droit de la guerre comprend deux catégories de règles très distinctes les unes des autres. La première est le *jus ad bellum*. Elle est un ensemble de règles régissant le droit de recourir à la guerre et les cas où il est permis de la déclarer ou de la faire. La seconde est le *jus in bello*. Cette dernière s'applique pendant la durée de la guerre entre belligérants et entre ces derniers et un État neutre aux hostilités⁹⁸. La dimension du *jus in bello* lors de bombardements aériens impose le respect de certaines obligations humanitaires à l'État agresseur dans la sélection et le choix des objectifs militaires, dans les moyens et la méthode durant l'attaque, mais pas dans la légalité des engagements d'entrée en guerre – *jus ad bellum*⁹⁹. Même par une entrée en guerre illégale et, subséquemment, si la conduite des hostilités est en violation du droit de la guerre, le belligérant bénéficie de la protection par le *jus in bello*. C'est particulièrement le *jus in bello* qui lie d'une manière égale toutes les parties en conflit, faibles ou puissantes. Il a une dimension restrictive, car ses normes se préoccupent essentiellement de la protection des victimes de la guerre. On impose des restrictions aux comportements des belligérants relativement au respect de la vie et de l'intégrité physique des personnes civiles, à l'exception des combattants et civils prenant part aux hostilités aériennes. Ainsi, le droit de la guerre impose à tout commandant de concevoir et d'exécuter des attaques uniquement contre des objectifs militaires licites de façon à ce que les dommages (collatéraux) qui risqueraient d'atteindre la population, les biens à caractère civil ou l'environnement naturel ne soient pas hors de proportion avec l'avantage militaire légitimement poursuivi¹⁰⁰. Ainsi, l'efficacité du droit de la guerre repose sur l'effectivité des mesures de protection générale, et celles spécifiques aux entités qu'il est destiné à protéger. La position du droit coutumier du *jus in bello* exige des belligérants qu'ils prennent en considération, lors de la préparation d'une attaque, la distinction entre les non-

⁹⁸ Calogeropoulos-Stratis, «Droit humanitaire», *supra* note 51, p. 13.

⁹⁹ *Levy v. Parker*, (1973) 1 Military Law Reporter, par. 2130.

¹⁰⁰ Henri Meyrowitz, *Les armes biologiques et le droit international*, Paris, A. Pedone, 1968, pp. 86-88.

combattants des combattants et les biens à caractère civil. Donc, en principe, aucune opération militaire aérienne n'échappe au champ d'application de ces considérations juridiques.

Que ce soit en 1899 ou en 1907, les plénipotentiaires n'avaient pas su prévoir l'avenir des bombardements aériens ou de l'innovation militarotechnologique aérospatiale. Somme toute, les représentants présents ont circonscrit beaucoup d'aspects, mais avaient plutôt négligé les bombardements aériens. En l'absence de conventions, de traités ou de coutumes, les puissances contractantes ne pouvaient parvenir à un exposé correct du droit¹⁰¹. Néanmoins, il subsiste que les lois de la guerre de cette époque, sur la base des lois canons ou d'autres raisons différentes, condamnaient déjà des actes interdits aux chrétiens par leur conscience et par la loi divine d'une part, et tentaient aussi d'humaniser la guerre au profit de la paix. On peut encore affirmer, en se basant sur Clausewitz, qu'il importe d'assurer certaines limites à l'ensemble des actes de violence, au moyen desquels chaque belligérant cherche à imposer sa volonté à l'autre¹⁰².

1.2.2 La norme coutumière

Depuis la Conférence de 1907, un cadre normatif s'est conséquemment développé afin de régir la conduite des hostilités. Il vient consigner par analogie un cadre juridique applicable aux bombardements aériens. Les principes enchâssés dans la Convention (IV), relativement à la guerre terrestre, sont considérés comme étant l'expression de principes généraux et, dans le même esprit, applicables à la guerre aérienne¹⁰³. Les Conventions de Genève de 1949 relatives au DIH s'appliquent à la conduite des hostilités terrestres, navales et aériennes¹⁰⁴. En fait, la norme coutumière

¹⁰¹ Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, pp. 30-31.

¹⁰² Louis Renault, «Dans quelle mesure le droit pénal peut-il s'appliquer à des faits de guerre contraires au droit des gens?» (1915) *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 39, p. 407.

¹⁰³ *Coenca Bros. c. Allemagne*, 7 M.A.T. 683 (1927) [*Coenca*].

¹⁰⁴ Natalino Ronzitti, «The Codification of Law of Air Warfare» dans Natalino Ronzitti et Gabriella Venturini (eds), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*. (2006), Eleven International Publishing, Utrecht, p. 4. [Ronzitti, «Codification»].

relative à la protection de la population civile contre les bombardements aériens a été codifiée dans les deux Protocoles additionnels de 1977 aux quatre Conventions de Genève de 1949. Cela vient affirmer la coexistence d'une règle de droit coutumier et d'une règle conventionnelle préexistante. En fait, la règle conventionnelle, liant à l'origine les États contractants, a fini par acquérir la qualité d'une règle de droit coutumier, du fait que les États non-parties de la convention ont suivi la conduite prescrite par le traité, dans la conviction que celle-ci s'impose en droit¹⁰⁵.

Initialement, les Conventions de La Haye relatives aux lois et coutumes de la guerre n'ont pas envisagé le rôle des avions dans une guerre. En l'espèce, la conduite des hostilités par la voie des airs est donc laissée au droit coutumier de l'époque ou, mieux encore, aux idées généralement admises chez les peuples dits civilisés. Ainsi, les Puissances estimaient alors qu'il importait de respecter l'esprit du « Considérant » au préambule de la Convention (IV) qui préconisait de «réviser les lois et les coutumes de la guerre, soit dans le but de les définir avec plus de précision, soit afin d'y tracer certaines limites destinées à en restreindre, autant que possible, les rigueurs».

La conception qu'avaient les participants des deux conférences s'inspirait de vieilles traditions, c'est-à-dire que le recours à la force aérienne devait s'inscrire comme une mesure exceptionnelle et rigoureuse servant à s'emparer rapidement d'une ville. Dans cette logique de «bombardements d'occupation» où l'attaquant était confronté à une force de résistance lors de l'état de siège, le droit de faire usage de l'artillerie était permis afin d'obliger l'adversaire à se rendre¹⁰⁶. Donc, l'exercice juridique résulte de prescriptions empruntées, par analogie, soit à la guerre terrestre, soit à la guerre navale¹⁰⁷. Hormis ce fait, les principes admis par les deux conférences s'appliquent aux bombardements aériens. On considérait, au sens de l'article 25 de la Convention (IV) de la 1907, qu'il était permis de bombarder toutes les parties de la localité d'une ville «défendue» dont l'attaquant voulait prendre possession. Dans le cas d'une ville «non défendue», l'emploi de l'artillerie est sans aucune utilité. Par

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 95.

¹⁰⁶ Bouruet-Aubertot, «Bombardements» *supra* note 18, p. 34.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 38.

conséquent, la prohibition à l'endroit des villes «non défendues» requiert que l'attaquant prenne «tous les moyens» possibles. La notion de «moyens» en question ne se rattache pas uniquement aux guerres terrestres, mais aussi aux opérations aériennes même si, au temps de la rédaction des Règlements *relatifs à la guerre sur terre de 1907 (Règlement annexé à la IV^e Convention)*, la guerre aérienne était à un point rudimentaire¹⁰⁸. Cette interprétation a été supportée par des commentateurs lors des travaux préparatoires, en soulignant que la notion de «tous les moyens» a été incluse sous l'initiative de la France qui craignait une suspension de la Déclaration relative à l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut de ballons de 1899 et 1907. Toutefois, la difficulté dans l'application de l'article 25 du Règlement résulte de la signification des localités «non défendues» n'avait pas été définie dans les Règlements de 1907. Ensuite, l'article 26 du Règlement exige du commandant en poste pour l'attaque de prendre toutes les mesures possibles afin d'avertir les autorités locales ennemies du début de l'attaque. Dès lors que les dispositions de cet article ne trouvent pas application dans le cas d'un assaut, le principe est de savoir si un bombardement aérien doit être considéré comme un assaut et, de ce fait, exempté de l'obligation d'avertir. Ce droit de bombarder dans l'esprit de détruire des objectifs militaires répond toutefois à certaines exceptions prévues à l'article 2 de la Convention (IX) de 1907 qui prévoyaient: «Ne sont pas compris dans l'interdiction les ouvrages militaires, établissements militaires ou navals, dépôts d'armes ou de matériels de guerre, ateliers et installations propres à être utilisés pour les besoins de la flotte ou de l'armée ennemie». Considérant que les bombardements n'épargneraient pas les non-combattants, certains belligérants «opportunistes»

¹⁰⁸ Vincent Chetail, «The Contribution of the International Court of Justice to International Humanitarian Law» (2003) 85 RICR Juin, n° 850. [Chetail, «Contribution of the ICJ»]. Voir *Coenca*. Dans *Coenca*, le tribunal d'arbitrage mixte greco-allemand cite qu'«il est un des principes généralement reconnus par le droit des gens que les belligérants doivent respecter, pour autant que possible, la population civile ainsi que les biens appartenant aux civils». Voir *Coenca*, *supra* note 103, p. 683. Voir: Tribunal d'arbitrage mixte greco-allemand, *Kiriadolou c. Allemagne*, 10 Mai 1930, vol. 10, p. 100 [*Kiriadolou*]; District Crt. of Tokyo, *Affaire Shimoda*, 7 Décembre 1963, ILR, 32, pp. 629-632. Voir notamment Lester Nurick, «The Distinction Between Combatant and Non-combatant in the Law of War» (1945) 39, *American Journal of International Law*, n° 4 (Oct.), pp. 680-697.

estimaient par conséquent que les souffrances des habitants conduiraient à la reddition d'une place assiégée¹⁰⁹.

En 1927, les articles 25 et 26 ont été mis à l'épreuve dans deux affaires devant un tribunal d'arbitrage mixte gréco-allemand, respectivement dans *Coenca Brothers c. Allemagne*¹¹⁰ et *Kiriadolou c. Allemagne*¹¹¹. Respectivement dans ces deux affaires, le tribunal a maintenu la même interprétation juridique donnant lieu à la responsabilité de l'État et l'indemnisation des victimes. Dans le cas de *Coenca Brothers*, la question en litige était de savoir si les bombardements aériens survenus en 1916 sur la ville de Salonique (en Grèce, pays neutre à l'époque de la guerre) par des zeppelins allemands (des dirigeables) étaient légaux. Selon les faits, la victime réclamait une compensation pécuniaire pour dommages résultants de la destruction de sa propriété privée et d'un entrepôt de café suite aux bombardements nocturnes à près de 10 000 pieds d'altitude. Le *ratio legis* qui découle de cette violation est qu'un avertissement préalable aurait permis aux autorités de la ville menacée ou bien d'évacuer la population civile, ou bien de remettre la ville. Selon le Tribunal, il n'y avait aucune raison de ne pas appliquer les règles adoptées pour les bombardements terrestres aux bombardements aériens. Donc, le tribunal en arriva à la conclusion que le bombardement fut contraire au droit international au sens de l'article 25 et que, de ce fait, l'Allemagne devait dédommager la victime. Salonique devait être considérée comme une localité défendue, or, le commandant de l'attaque n'a pas averti de l'imminence de l'attaque et ce, en contravention de l'article 26 du Règlement et en accord avec la Section 4 de l'annexe des articles 297 et 298 du Traité de paix de Versailles de 1919. Le tribunal a rappelé qu'un belligérant doit respecter le plus possible, selon un principe généralement connu en droit international, la population civile et sa propriété. En fait, lors d'un conflit armé entre États belligérants, les États neutres bénéficient d'une protection juridique. Dans une opération militaire de nature offensive, un avion militaire ne peut pénétrer l'espace aérien d'un État neutre non-partie au conflit. Une situation similaire à la Grèce s'est présentée lorsque les États-

¹⁰⁹ Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, p. 36.

¹¹⁰ *Coenca*, *supra* note 103.

¹¹¹ Voir *Kiriadolou*, *supra* note 108.

Unis et la force coalisée ont pénétré l'espace aérien de l'Iran durant la guerre contre l'Irak, en 1991¹¹². Maintenant, dans l'affaire *Kiriadolou*¹¹³, le tribunal mixte a suivi, *mutatis mutandis*, la même ligne de raisonnement juridique que l'affaire précédente. Les faits reposent sur le décès de l'époux de la plaignante tué par l'explosion d'une bombe durant une attaque aérienne en 1916 par les forces allemandes à Bucarest. Le tribunal a fondé son argument sur des principes juridiques relatifs aux conventions sur la guerre chimique et bactériologique:

«The dispensation from previous notification would enable airplanes and dirigibles to poison the civil population of an enemy town by allowing them to drop at night and without warning bombs filled with asphyxiating gas, spreading death or causing incurable disease».

Le Tribunal a rejeté l'argument de la Défense en soulevant que l'absence de pertinence en droit du but d'un bombardement, que ce soit la destruction ou l'occupation, n'exonère pas une partie de ses obligations juridiques. Ces jugements ne sont pas sans critique possible. La première objection, d'une part, est la méconnaissance de la situation résultant de l'insertion dans les Conventions de La Haye de 1907 de la clause *si omnes*, laquelle était, à cette époque, de nature à jeter des doutes sur l'applicabilité de la Convention (IV). D'autre part, une ville non défendue peut renfermer des installations militaires (gares, usines, etc.) que l'adversaire a intérêt à détruire. Subordonner le bombardement aérien à un avertissement préalable, selon l'article 26 du Règlement de 1907, c'est le priver à l'avance de toute efficacité en lui enlevant le bénéfice de la surprise¹¹⁴.

Pour terminer, à la vue des tractations entre les États européens, la visée commune recherchée est de codifier le plus possible la guerre comme moyen alternatif de maintenir l'équilibre entre les forces militaires tout en donnant

¹¹² Cette situation est contestable, à savoir si l'Iran comme État membre des Nations Unies n'avait pas l'obligation de coopérer par toutes les manières avec les forces de la Coalition. US Dept. of Defence, *Conduct of the Persian Gulf War, Final Report to Congress*, App. O, *The Role of the Law of War*, p. 9.

¹¹³ *Kiriadolou*, *supra* note 108.

¹¹⁴ Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés*, Paris, A. Pedone, 1983, p. 360. [Rousseau, «Conflits armés»].

l'impression de rechercher la paix. Autrement, les principes des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 reposent sur certaines formalités de rigueur et imposent, tant au commandant de l'air attaquant qu'aux autorités ennemies, des obligations. Les Conventions (IV) et (IX) énonçaient l'objectif d'«épargner autant que possible les édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences ou à la bienfaisance, les monuments historiques, les hôpitaux et les lieux de rassemblement des malades ou des blessés, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à un but militaire». Le commandant de l'air se doit d'adresser une sommation aux autorités ennemies afin d'épargner à la population civile les risques d'un bombardement. Après réception de la sommation, les autorités ennemies peuvent vouloir résister à l'attaque aérienne, mais elles devront permettre à la population civile de chercher refuge. Cette tentative des deux Conventions de concilier les «nécessités militaires de la guerre» et la protection de la «population civile des non-combattants», sur la distinction fondamentale entre les villes défendues et les villes non défendues, a toutefois été confrontée à des problèmes de définition concernant la différence entre une ville défendue et une ville qui ne l'est pas¹¹⁵.

Une revue de l'histoire présente les Conférences de La Haye de 1899 et 1907 comme des mécanismes multilatéraux. Elles devaient servir davantage à la préservation de la paix. À cette époque, l'inquiétude des nations européennes reposait sur la rupture d'équilibre entre les puissances militaires. Or, l'expérience avait largement démontré que, depuis le Traité de Westphalie, l'équilibre n'avait empêché aucune guerre. Toutefois, des ruptures de cet équilibre n'affectaient guère l'ensemble de la communauté internationale; elles étaient tout au plus localisées. Ces deux Conférences ne visaient pas à faire œuvre juridique normative, mais seulement à éviter un éventuel conflit armé. Pour ce faire, le gouvernement russe proposait alors, de façon très empirique, une limitation des armements. Il existe un lien indissoluble entre les armements et la notion de souveraineté étatique, qui exprime le droit que chacun possède de se faire justice à lui-même et d'assurer par lui-même sa propre sécurité. Toute limitation des armements est unimaginable dans un système qui exige,

¹¹⁵ Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, p. 37.

soit une supériorité, soit au moins une égalité des forces. Dans les faits, une limitation des armements ne peut se concevoir que si la sécurité est assurée par une organisation sociale à même d'imposer le respect du droit, donc par le biais d'une juridiction et par le biais de sanctions. Aussi, une conférence sur le désarmement ne pouvait-elle être qu'une joute sur le désarmement d'autrui, et aucun critère de réglementation, qui même aurait été accepté de bonne foi, ne pourrait tenir devant une menace d'agression armée et potentiellement aérienne. L'histoire semble démontrer ces principales raisons comme étant la cause de l'insuccès des conférences sur la question de la limitation des armements. C'est pourquoi les conférenciers ont préféré se rabattre sur des moyens indirects de soutien à la paix et que l'on en revint aux délibérations d'ordre normatif et constructif avec, au total, des résultats plutôt médiocres sur le plan constructif¹¹⁶. Cependant, des prophètes de la puissance aérienne voyaient en cette arme la possibilité de développer des méthodes de combat pouvant permettre de causer le plus de dommages possible à l'ennemi. Dans la logique de la guerre totale, le pilote de l'air devient un élément complémentaire aux fantassins et aux marins¹¹⁷. Au XXe siècle, la doctrine de la guerre totale consiste à mener une guerre des plus sanglante, une construction doctrinale rendue possible avec la révolution industrielle¹¹⁸ et l'apport technologique dans les affaires militaires, entre autres des États-Unis¹¹⁹.

1.2.3 La source conventionnelle

Les sources conventionnelles propres aux attaques aériennes sont développées entre 1899 et 1977. Le tir de projectiles explosifs a été débattu dès la Conférence internationale de la paix de La Haye de 1899, menant ainsi à l'adoption de la

¹¹⁶ L'auteure dresse une analyse historique succincte mais bien pertinente des deux Conférences de La Haye, pp. 415-420. Gaurier, «Histoire» *supra* note 56, p. 416.

¹¹⁷ Geoffrey Jensen et Andrew Wiest (ed.), *War in the Age of Technology – Myriad faces of Modern Armed Conflict*. New-York University Press. 2001, p. 397.

¹¹⁸ Warren Chin, «Technology, Industry, and War, 1945-1991», dans Geoffrey Jensen, Andrew Wiest (ed.), *War in the Age of Technology – Myriad Faces of Modern Armed Conflict*. New-York University Press. 2001, p. 42. [Chin, « Technology»].

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 50.

Convention de 1899 (IV, 1) (Conférence de 1899)¹²⁰. Au sens strict, l'élaboration d'un cadre juridique relatif à la conduite des hostilités et particulièrement des bombardements aériens se retrouve dans la IV^e Convention de 1907 sur les lois et coutumes de la guerre sur terre suite à la Conférence de 1907 (Conférence de 1907)¹²¹. L'objectif de cette dernière conférence était d'interdire l'attaque et le bombardement, via les airs, par des ballons dirigeables ou quelques moyens analogues que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne soient pas défendus¹²². Cependant, une percée significative se trouve dans la deuxième et la troisième Convention de Genève de 1949. L'article 23(e) du Règlement de La Haye de 1923 interdit d'employer «des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus». C'est au préambule de la Déclaration de Saint-Pétersbourg de 1868 que l'on retrouve cette formulation qui par la suite, avec le Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre élaborée par la Conférence de Bruxelles de 1874, élargit le concept subjectif de souffrances inutiles par la notion de *maux superflus*. Cette dernière englobe et dépasse le précédent d'une part en raison de son caractère objectif, et d'autre part en ce qu'elle vise l'ensemble des valeurs humaines¹²³.

Les bombardements aériens sont caractérisés par le fait que leur action prévisible et imprévisible atteint la population civile et ce, même si celle-ci n'est pas attaquée directement ou avec le but militaire poursuivi. En fait, c'est l'absence de

¹²⁰ *Conférence internationale de la paix de La Haye* (18 mai – 29 juil. 1899). Actes et documents. Lors de cette conférence, trois conventions et trois déclarations ont été adoptées. Parmi les déclarations deux sont d'une grande importance et d'une grande pertinence. Nous verrons les deux déclarations les plus pertinentes. La première déclaration vise l'interdiction de lancer des projectiles et des explosifs du haut des ballons ou par d'autres modes analogues nouveaux. Une analyse plus contemporaine visait le principe de distinction entre les civils et les combattants, entre les objectifs militaires, les objectifs civils et les ressources environnementales. Une restriction visant à réduire au maximum les dommages collatéraux. La seconde visait la clarification de l'espion. À l'article 29 de la deuxième Convention, le dernier paragraphe apportait une exclusion des individus envoyés en ballon pour assurer la communication de dépêches entre les parties d'une armée ou d'un territoire.

¹²¹ *Deuxième Conférence internationale de la paix tenues à La Haye* (15 juin – 18 oct. 1907). Actes et documents.

¹²² A. Hammarskjöld et al. «La protection des populations civiles contre les bombardements» (1930) RICR, Genève, p. 57.

¹²³ *Ibid.*, p. 92.

proportionnalité raisonnable avec un avantage militaire licite qui constitue le critère des armes propres à causer des maux superflus¹²⁴. Ainsi, la reconnaissance conventionnelle spécifique du bombardement aérien vise deux éléments. Le premier a confirmé universellement le cadre normatif encadrant les opérations aériennes. Le second a imposé également à la conscience et à la pratique des États autant la condamnation par l'opinion publique internationale de bombardements aériens causant des maux superflus à la population civile que l'immunité des non-combattants.

1.2.4 La pratique des États

La majeure partie des règles conventionnelles prennent leur source de normes coutumières. Comme nous l'avons précédemment cité, il n'existe pas de réglementation formelle légitimant la conduite de la guerre aérienne; nous pouvons nous référer au droit international coutumier pour déceler l'existence d'une norme reconnue et respectée. C'est dans la pratique effective et l'*opinio juris* des États qu'il faut rechercher la cristallisation d'un droit international coutumier. Pour bien saisir l'existence d'une règle coutumière, il faut, selon les règles établies par la CIJ dans l'affaire *Plateau continental de la mer du Nord*¹²⁵, examiner la pratique de l'acte de bombarder par les États selon deux angles. Premièrement, il s'agit de savoir quelles sont les pratiques qui contribuent à la création de règles de droit international coutumier. Dans un deuxième temps, il faut déterminer si une pratique donnée crée effectivement une règle de droit international coutumier.

La pratique des États peut s'opérer selon deux angles: les actes verbaux et les actes matériels. Les actes verbaux doivent être des sources directes des États et se traduire, par exemple, par les manuels militaires, la jurisprudence nationale, les instructions données aux forces armées, les communiqués en temps de guerre et les avis rendus par les conseillers juridiques officiels et autres commentaires formulés

¹²⁴ *Ibid.*, p. 92.

¹²⁵ CIJ, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, 20 février 1969, CIJ, *Recueil* 1969, p. 3.

par les gouvernements. Ceci n'est qu'un bref aperçu de ce qui peut être considéré comme tel. Ainsi, les décisions émanant d'instances internationales ne sont que des sources auxiliaires, car elles ne proviennent pas des États. Maintenant, les actes matériels, matière au cœur même de notre recherche, sont le comportement dans la zone de combat, l'emploi de certaines armes ainsi que le traitement accordé à diverses catégories de personnes.

Depuis les bombardements de Dresde, Rotterdam, Londres, Nagasaki et Hiroshima, l'existence d'une règle exigeant que l'on tente d'épargner les civils était fermement attachée en tant que norme du droit international coutumier international. De ce fait, tous les États (signataires ou non du Protocole I de 1977) devaient s'y conformer. En fait, cette norme se fondait sur trois concepts bien distincts, à savoir, premièrement, distinguer les cibles militaires et les civils¹²⁶, deuxièmement, les attaques ne doivent pas être dirigées contre des civils¹²⁷, et troisièmement, les attaques doivent avancer des objectifs militaires légitimes¹²⁸, c'est-à-dire qu'elles doivent être nécessaires et proportionnelles. On retrouve ces concepts dans de nombreuses conventions internationales et résolutions, et nombreux manuels militaires, et leur codification sous forme de traité et en règle de droit humanitaire dans le Premier Protocole de 1977. En effet, pour démontrer une règle de droit international coutumier, il faut dans un premier temps démontrer l'existence de a) la pratique des États et b) l'*opinio juris*, le sentiment d'une obligation morale. En période de conflit armé, c'est dans les manuels de droit militaires et les lois nationales que l'on retrouve les mécanismes de mise en œuvre des normes du droit international humanitaire¹²⁹. Les instruments internationaux, les traités multilatéraux et les déclarations normatives sont des exemples qui reflètent la pratique des États. Communément appelé *opinio juris*, elle vise à rappeler à l'État son obligation de respecter une règle spécifique d'une loi. Cela dit, lors d'opérations offensives

¹²⁶ Dietrich Schindler & Jiri Toman, *The Laws of Armed Conflicts: A Collection of Conventions, Resolutions, and Other Documents* (1988).

¹²⁷ Art. 6 et 7 de la Convention de Genève (IV).

¹²⁸ Grotius, *De Jure Belli ac Pacis Libri Tres* (1625), cité dans Frits Kalshoven, *Int'l Comm. of the Red Cross, Constraints on the Waging of War* 4 (1987).

¹²⁹ Theodor Meron, *War Crimes Law Comes of Age* 156 (1998).

aériennes, tous les États sont liés par une norme ou bien conventionnelle ou bien coutumière. C'est dans cet esprit que le 9 décembre 1970, l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté la résolution 2675 rappelant les principes fondamentaux ci-après touchant la protection des populations civiles en période de conflit armé telle qu'inscrite dans sa précédente résolution 2444¹³⁰.

SECTION 2

LES ORIENTATIONS NORMATIVES DE LÉGITIMATION

La fonction essentielle du droit de la guerre est normative¹³¹. Le droit international contient également des dispositions reflétant la prise en considération des impératifs militaires. Le potentiel militaire de l'avion comme arme de guerre pose la problématique de l'absence d'un ordre normatif propre à régler ce nouveau moyen et les méthodes de combat qui y en découlent. Une série de rencontres d'experts seront nécessaires afin d'orienter une norme conventionnelle et dépendante visant à légitimer la guerre aérienne (2.1) uniquement contre des objectifs militaires légitimes (2.2).

2.1 La source normative

Après la Première Guerre mondiale, le constat à dresser est que le droit positif ne contenait aucune disposition spécifique aux bombardements aériens¹³². Natalino Ronzitti et Gabriella Venturini, dans leur ouvrage collectif *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, explorent le statut actuel et en devenir d'une clarification du cadre juridique de cette méthode de guerre de plus en plus significative dans les conflits armés. L'analyse de Ronzitti sur la question situe la problématique selon deux axes: la prohibition ou la réglementation. Il aurait été valable de croire que dès la première occasion présentée aux différents jurisconsultes présents lors de la conférence de 1907, l'approche à adopter aurait été de promouvoir un cadre juridique

¹³⁰ A.G. Res. 2444, N.U. GAOR, 23 Sess., Supp. n° 18, at 1(c), U.N. Doc. A/7218 (1968); A.G. Res. 2675, N.U. GAOR, 25 Sess., Supp. n° 28, at 2, U.N. Doc. A/8028 (1970).

¹³¹ Henri Meyrowitz, «*Réflexion à propos du centenaire de la Déclaration de Saint-Petersbourg*», RICR, 1978, 541.

¹³² Meyrowitz, *Ibid.*, p. 358.

afin de résoudre la question des bombardements aériens. Ronzitti soulève que l'option de la prohibition et de la limitation pouvait le pas sur celle de la codification¹³³. Selon lui, au lieu de s'attendre à voir une réglementation juridique de la guerre aérienne, les tentatives ont plutôt été de prohiber ou de limiter la capacité aérienne. Ainsi, le flou juridique, entre 1919 et 1939, suscitera un encadrement conventionnel des bombardements aériens. Pour ce faire, une série de rencontres internationales en vue de proposer certaines orientations normatives s'imposait tout naturellement.

Comme nous l'avions déjà cité, mais le rappelant ici avec davantage de détails, les nouvelles rencontres diplomatiques devaient permettre de donner de nouvelles directions normatives. En fait, trois directions ont été recherchées par le principe de l'assimilation de la guerre aérienne aux guerres terrestre et navale. L'une des premières directions s'est inspirée du raisonnement juridique du tribunal d'arbitrage mixte gréco-allemand de soumettre les opérations aériennes au droit commun de la guerre terrestre par voie d'analogie au bombardement terrestre: un exercice juridique, donc, cherchant la transposition à la guerre aérienne de la distinction existant entre «villes ouvertes» et «villes défendues». La seconde tentative a été d'assimiler le domaine aérien au régime de la guerre maritime. Pour la dernière tentative, il sera question d'ériger une réglementation autonome particulière à la guerre aérienne, dans un cadre strict régi sous la théorie de l'objectif militaire légitime. Considérant les avancées techniques et technologiques dans le domaine de l'aéronautique et des bombes incendiaires, la volonté de réglementer les opérations aériennes durant la période de l'entre-deux-guerres était de plus en plus vive. Réglementer le lancement de projectiles du haut des airs est une conséquence de l'effet destructeur des bombes auquel fut exposée la population civile. Définir, en temps de guerre, les intérêts militaires légitimes visait tant à limiter l'armement aérien qu'à inscrire avec précision une certaine méthodologie dans la conduite des hostilités. La poussée de théories et de doctrines misant sur l'attaque directe des populations civiles comme objectif militaire légitime soulevait des inquiétudes advenant une exploitation de la puissance dans la logique d'une guerre totale.

¹³³ Ronzitti, «Codification», *supra* note 104, p. 4.

Entre 1919 et 1938, une série d'interventions de la communauté des nations de l'époque par le traité de Versailles, la Conférence de Washington, la Commission des juristes et l'Assemblée de la Ligue des Nations, viendront davantage préciser ce qu'il est illégitime de bombarder, par l'entremise d'instruments normatifs. Ce qui sera considéré comme contraire aux principes humanitaires sera notamment le bombardement aveugle d'une ville avec comme finalité de terroriser la population civile. Graduellement, d'une norme de prohibition des bombardements, la logique des États passe par la reconnaissance d'une norme de protection de la population civile contre les «effets» des bombardements aériens. Or, les visées en armement militaire de l'Allemagne, au sein d'une Europe démocratique, occasionnaient le risque de voir à nouveau surgir un autre conflit mondial. La solution ira de la contrainte conventionnelle à une interdiction pure et simple de l'armement militaire. D'une part, l'instrumentalisation de cette volonté passe irrévocablement par la signature du Traité de Versailles ainsi que par la canalisation des efforts vers l'interdiction de l'arme aérienne.

2.1.1 Les limitations dans le Traité de Versailles de 1919

La conclusion de la Première Guerre mondiale a mené au désarmement unilatéral de l'Allemagne. La sécurité de l'Europe, en termes de stratégie internationale et de géopolitique, passait par l'imposition de clauses territoriales et militaires afin de se prémunir contre un désir de revanche de l'Allemagne vaincue. C'est le 28 juin 1919 que sera signé, dans la galerie des Glaces du château de Versailles, le Traité de Versailles. C'est directement à la partie V du traité que sont énumérées les clauses militaires comme la réduction de l'effectif militaire naval et aérien allemand. L'article 198 du *Traité* interdira à l'Allemagne de maintenir quelque matériel d'aviation militaire que soit, de même pour sa flotte navale. L'objectif visait à priver au vaincu les moyens qui pourraient lui permettre de reconquérir une capacité prépondérante en Europe continentale.

Les historiens ont soulevé les intrigues juridiques et diplomatiques qu'ont engendrées ces limitations militaires.

«The Allies attempted to contain Germany's air potential through legal restraints that Germany became assiduously tried to avoid¹³⁴. Allied disarmament efforts against Germany became less successful in the years that followed»¹³⁵.

L'Allemagne s'est avouée vaincue sans reconnaître entièrement les dispositions du Traité de Versailles concernant son désarmement. Un peu plus tard, elle commencera son réarmement à l'extérieur de ses frontières, dans des pays voisins¹³⁶. Malgré ce fait connu de tous, les puissances militaires, surtout plus les États-Unis, continuaient des négociations en vue de faire reconnaître la légalité de l'arme aérienne à condition de l'utiliser dans un cadre juridique précis. L'appel d'une conférence sur le territoire américain permettra de mettre les balises nécessaires à la prohibition de bombarder par la voie des airs.

2.1.2 Le consensus de la Conférence de Washington de 1922

Davantage d'efforts seront mis à contribution pour un désarmement multilatéral. La Conférence diplomatique sur la marine de guerre s'est tenue à Washington, entre novembre 1921 et février 1922, et elle avait pour objectif d'établir les niveaux des forces navales des puissances du Pacifique et d'instaurer des relations stables entre les forces navales des différentes puissances. Les représentants (au nombre de cinq: les États-Unis, le Royaume-Uni, le Japon, la France et l'Italie) ont signé le traité. Durant la conférence, les délégués présents considéraient une prohibition totale des nouvelles méthodes de guerre ainsi que de l'arme aérienne. La question d'interdire l'utilisation de l'avion comme arme suscita la possibilité de créer, par des agences, de nouvelles règles de contrôle sur la conduite de la guerre. Cette dernière suggestion misait davantage sur la réglementation que sur la limitation ou l'interdiction de l'arme aérienne.

¹³⁴ Edward L. Homze, *Arming the Luftwaffe: The Reich Air Ministry and the German Aircraft Industry, 1919-1939*, Lincoln Nebraska, 1976, p. 3; Barton Wharley, *Covert German Rearmament, 1919-1939: Deception and Misperception*, Foreign Intelligence Book Series, 1984.

¹³⁵ Parks, «Asymmetries», *supra* note 82, p. 71.

¹³⁶ Ronzitti, «Codification», *supra* note 104, p. 6.

La conférence a mené à l'adoption de la *Résolution de Washington de 1922*. Cette conférence était chargée d'étudier les deux questions suivantes:

- 1) Les lois actuelles du droit international régissent-elles d'une façon adéquate les nouvelles méthodes d'attaque ou de défense résultant de l'introduction ou du développement de nouveaux engins de guerre, depuis la Conférence de la paix de 1907?
- 2) Dans le cas contraire, quels changements aux lois actuelles doivent être adoptés en conséquence, comme une partie du droit des gens?

Par ailleurs, aux fins de ratification, deux dispositions ont été présentées aux Puissances présentes. Ces dispositions proposées furent par la suite acceptées comme suit:

«L'emploi en temps de guerre des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que de tous les liquides, matières ou procédés analogues, ayant été condamné à juste titre par l'opinion universelle du monde civilisé, et l'interdiction de cet emploi ayant été formulée dans des traités auxquels le plus grand nombre des Puissances civilisées sont parties. Les Puissances signataires, dans le dessein de faire universellement reconnaître comme incorporée au droit des gens cette interdiction qui s'impose également à la conscience et à la pratique des nations, déclarent reconnaître cette disposition, conviennent de se considérer comme liées entre elles à cet égard et invitent toutes les autres nations civilisées à adhérer au présent accord»¹³⁷.

Cependant, à Washington, et dans un deuxième tour à Genève, en 1925, les Puissances ont conséquemment jugé utile d'imposer uniquement une interdiction générale à la guerre chimique et aucunement aux bombardements aériens. Par ailleurs, il convient de souligner que ce point n'était qu'un rappel des dispositions déjà prévues à l'article 171 du Traité de Versailles de 1919 lors de la capitulation des forces allemandes. Par conséquent, et dans une stratégie diplomatique en leur faveur, le Japon et les États-Unis se disposèrent conjointement, et sans plus tarder, à discuter d'un projet de règlement pour l'emploi des forces aériennes en temps de guerre. Les autres Puissances européennes refuseront cette proposition. Elles considéraient leurs centres économiques et industriels en Europe propices, à n'importe quel moment, à une guerre. Il n'en reste pas moins que cette rencontre constituait un fait significatif entre les différentes perspectives relatives aux opérations de bombardements aériens.

¹³⁷ Fauchille, «Bombardement», *supra* note 86, p. 61.

Les travaux de la Commission de Washington de 1922 se sont plutôt concentrés sur le droit à la guerre aérienne et de droit de lancer des projectiles du haut des airs par le moyen d'aéronefs même si le développement d'engins volants et l'innovation de la technologie étaient alors quelque peu limités. Pour ce faire, la Commission élaborait cinq articles spécifiques (de 21 à 25) encadrant la conduite des hostilités et les bombardements aériens. Différents experts se sont penchés sur le droit de la guerre aérienne et le droit de lancer des projectiles du haut des airs au moyen d'aéronefs, même si le développement d'engins volants et l'innovation de la technologie étaient alors quelque peu rudimentaires. Malgré tous les engagements pris par les États, ces résolutions n'ont pas fait l'objet d'une codification conventionnelle¹³⁸. Du point de vue juridique, l'initiative de cette conférence représente la mise en place des premières règles coutumières relatives aux bombardements aériens¹³⁹. De plus en plus, un cadre normatif se développait durant la période des deux guerres afin de limiter les effets du bombardement aérien sur les populations civiles.

Dans un cadre général, le dilemme tournait autour de l'intérêt des États de protéger leurs avantages militaires ou considérer l'importance de la protection du droit des personnes. Ainsi, pour légitimer pleinement la guerre aérienne, les États devaient convenir à reconnaître une responsabilité à assurer une protection des populations civiles. Partant de ce fait, il serait légitime de bombarder ou de lancer des projectiles incendiaires dans les limites qu'offrent la norme de protection et l'immunité des non-combattants. Ce qui sera à l'ordre du jour de la Commission des juristes à La Haye en 1922 et 1923.

2.1.3 La Commission des juristes de La Haye de 1922-1923

Le 11 décembre 1922 et le 19 février 1923 s'est tenue à La Haye la Commission des juristes. Les cinq représentants des Puissances participant à la *Conférence de Washington*, ainsi que des délégués des Pays-Bas, ont élaboré des dispositions

¹³⁸ Waxman, «Siegecraft et Surrender», *supra* note 40; voir Howard, Andreopoulos et Shulman, «Constraints», *supra* note 40.

¹³⁹ Bierzanek, «Commentary», *supra* note 41, p. 396.

sensiblement identiques à celles que la Commission de Washington avait au préalable rédigées. Aucun des représentants présents n'a adopté les recommandations proposées. Le Rapport du sous-comité a, quant à lui, conclu que selon l'avis du Comité sur la limitation des armements aériens, rien n'était à l'époque réalisable en matière de réglementation sur le bombardement aérien.

Au début du XX^e siècle, la possibilité de bombarder la terre depuis les airs laisse entrevoir l'aviation comme une arme efficace à développer à des fins militaires. Le développement de l'aviation de combat devient de plus en plus un intérêt militaire vital. Il faut rappeler que lors de la Conférence de Bruxelles de 1874 (qui portait principalement sur la codification des pratiques qui s'étaient développées à la suite de plusieurs siècles d'opérations d'artilleries) et de la Conférence de 1899, les ballons dirigeables constituaient les seules forces aériennes existantes. Néanmoins, on peut dire que les Déclarations de 1899 et de 1907 visaient, d'un point de vue général, à protéger l'humanité d'une nouvelle forme d'attaque par des machines de guerre dont l'humanité n'avait aucune expérience et, du même coup, à bannir une arme dont l'efficacité était problématique et discutable quant à son usage en période de guerre¹⁴⁰. Cependant, des théoriciens et des pilotes de l'air développèrent des théories convaincantes présentant l'arme aérienne comme celle pouvant conduire à la victoire le plus rapidement en attaquant directement le centre de gravité de l'ennemi: le moral de sa population civile.

2.2 Le projet de manuels-cadres aux opérations aériennes

Dans cette courte section, verrons trois mouvements internationaux visant à mettre sur pied des manuels voués à régir la conduite de la guerre aérienne et la pratique des États quant aux moyens et méthodes de combats, et ce, à la lumière du droit international humanitaire coutumier.

¹⁴⁰ Fauchille, «Bombardement», *supra* note 86, p. 60.

2.2.1 Le Manuel de San Remo (1995)

De 1988 à 1994, l'Institut de droit international humanitaire a réuni un groupe de juristes et d'experts militaires en droit naval afin d'élaborer le «Manuel de San Remo». Ce document, dont le contenu pouvait être considéré comme étant de la *soft law*, a mis en place une série de règles-cadres aux bombardements aériens. L'objectif de ce document était de réaffirmer les principes fondamentaux du droit international humanitaire voués à la protection des populations civiles. Ce document, doit-on le dire, est le premier à avoir donné une définition du principe de proportionnalité relatif à la guerre aérienne. Quant au principe de précaution, il a été élargi pour comprendre les obligations de l'attaquant avant et durant les bombardements.

2.2.2 Le projet de l'Université Harvard (2003)

Sous les auspices de l'Université Harvard, dans le du programme «Humanitarian Policy and Conflict Research (HPCR)» et sous la supervision du professeur Yoram Dinstein, un groupe de 30 experts internationaux ont préparé un manuel faisant la mise à jour du droit international coutumier particulièrement voué au droit de la guerre aérienne. En octobre 2007, la version définitive du document et des commentaires provisoires ont été publiés.

2.3 La conclusion du Chapitre I

À la première section, nous avons pu faire le constat que le cadre juridique enchâssé aux Conventions de 1899 et 1907 n'eût eu aucune portée pratique ou d'effet appréciable sur la théorie et la doctrine de guerre prévalant à cette époque. La doctrine de la guerre aérienne totale s'imposait comme la formule naturelle de la conduite des hostilités modernes. Au début de la codification du régime du droit des conflits armés, vers la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, l'aviation n'existait pas en tant que tel comme un instrument de guerre. La réglementation était à peu près inexistante en 1914 en dehors de la prohibition (d'ailleurs limitée à cinq

ans) du lancement des projectiles du haut de ballons, édictée par la Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899, et de l'interdiction générale de bombarder «par quelques moyens que ce soit» des villes ouvertes, contenue dans l'article 25 du règlement de La Haye du 18 octobre 1907. À cette époque, le cadre de la guerre aérienne était de celle qui se déroulait dans les airs et qui était dirigée contre l'ennemi. Elle comprenait toutes les opérations militaires, que ce soit des actes d'observation, de destruction ou un mode défensif ou offensif¹⁴¹. Les ballons dirigeables, à leur phase initiale, étaient utilisés à des fins de reconnaissance et d'observation.

À la seconde section, il a été question de l'établissement d'un cadre normatif destiné à protéger tant les villes non défendues que la population qui s'y trouve. En fait, ce que l'on a pu constater, c'est que la norme de la protection de l'immunité du non-combattant, moralement fondée comme elle peut paraître, n'a jamais pris la forme d'une prohibition absolue, mais qu'elle a plutôt été filtrée dans la perspective de considérations pragmatiques dans des circonstances historiques concrètes¹⁴². En fait, la norme de protection impose plus spécifiquement de ne pas exposer les non-combattants à un danger imminent, ce qui, par conséquent, impose une responsabilité juridique tant de l'attaquant que de l'attaqué d'assurer une protection aux non-combattants et ce, afin de limiter la dynamique destructrice et les souffrances inutiles découlant directement de la guerre¹⁴³. Le droit international coutumier et les deux Conventions de La Haye de 1899 et 1907 ont été les seuls édifices juridiques prépondérants en matière de ciblage d'objectifs militaires à la veille de la Première Guerre mondiale. Les populations civiles ont été prises pour cibles et considérées, tant du côté des forces alliées que des forces allemandes, comme des objectifs militaires légitimes dès que l'une des parties faisait défaut de respecter la norme. Cela démontre une faiblesse de la norme et laisse donc le champ libre à des attaques indiscriminées sous le prétexte de la nécessité militaire. Forts des différents conflits armés depuis les conférences de La Haye, les belligérants ont affiché clairement les

¹⁴¹ Rousseau, «Conflits armés», *supra* note 114, p. 355.

¹⁴² Thomas, «*Ethics of Destruction*», *supra* note 65, p. 94.

¹⁴³ Georges I. Mavrodes, «Conventions and the Morality of War» (1975) 4 *Philosophy and Public Affairs*. pp. 117, 127.

types d'objets qu'ils considéraient constituer des objectifs militaires légitimes. Ils ont bombardé sans retenue des bases navales et terrestres, des dépôts, des pistes d'atterrissage, des lignes de communication et des biens à caractère civil, ainsi que des cibles industrielles offrant une contribution à l'effort de guerre ennemi.

La Première Guerre mondiale a permis de voir les limites de l'inhumanité de la guerre. Le juriste français Paul Fauchille concevait que:

«l'humanité dans la guerre, ne peut prétendre à plus que ne le permet le but de la guerre. Tout ce qui irait au-delà est non seulement inutile, mais nuisible. On doit garder un juste milieu entre l'exagération humanitaire qui méconnaît les exigences inéluctables de la force des choses et l'exagération militariste qui nie le droit, ne voit que la force et les besoins de la force»¹⁴⁴.

Cette considération juridique abonde dans le sens de l'expression latine très ancienne «*cedant arma togas*» («que l'épée cède à la robe»), signifiant «*l'imposition de la paix par le droit*» qui tend à assurer une authentique coexistence pacifique dans les rapports entre les États et ce, conformément à la Charte des Nations Unies. Au plus, dans les rapports hostiles, tout usage de la force qui ne soit pas strictement justifié par des impératifs ou par la «nécessité militaire» doit être évité, surtout lorsque les victimes potentielles sont des civils et non pas des combattants¹⁴⁵. De ce fait, l'armement et le droit prennent un tout autre sens dans cette nouvelle ère de l'information et des nouvelles technologies destinées aux affaires militaires. La technologie semble vouloir répondre à tous les maux de la modernité et même dans l'opérationnel de la guerre. Le cas des États-Unis en est le plus bel exemple. Ainsi, pour passer outre la doctrine de la dissuasion par l'arme nucléaire du temps de la guerre froide et pour augmenter sa capacité à accélérer la conduite des hostilités tout en limitant la durée du conflit, les États-Unis miseront sur la création d'un champ de

¹⁴⁴ Paul Fauchille, *Traité de droit international public*, tome II, guerre et neutralité, Paris, 1921, par. 1009.

¹⁴⁵ Philippe Bretton, «Le problème des "méthodes" et moyens de guerre ou de combat» dans les protocoles additionnels aux conventions de Genève du 12 août 1949», R.G.D.I.P., 1978, p. 32.

bataille «électronique» dans lequel des systèmes de contre-mesure de détection de mouvement et de téléguidage ont été développés¹⁴⁶.

Comme il l'a toujours été, l'intention de tout establishment militaire est de gagner la guerre¹⁴⁷. La dépendance des pays occidentaux à la technologie peut partiellement être expliquée considérant l'influence militaire des États-Unis au sein de la coalition des États au sein des forces de l'OTAN et la forte prédilection des États-Unis pour des solutions technologiques répondant à leurs problèmes de sécurité. La technologie présente une solution peu coûteuse au problème de dissuasion et, par conséquent, elle constituerait une force multiplicatrice. Dans cette logique, la réponse américaine est de développer sa propre capacité militaire, et la mise en œuvre de sa nouvelle stratégie à l'égard des conflits de courte durée est un précédent dans l'histoire de la guerre.

L'une d'entre elles est la perception de la menace grandissante d'acteurs non étatiques et d'États récalcitrants au projet hégémonique du nouvel ordre mondial. Pour ce faire, les tenants de ce projet ont recours à un armement de haute technologie leur permettant une mobilité d'une extrême rapidité et une capacité de force de frappe sans pareille et ce, en minimisant tout risque d'attrition. L'avion de guerre, avec ses vecteurs de vitesse, de frappe et de rayon d'action, constitue l'arme stratégique permettant la projection de la force des puissances militaires occidentales et des

¹⁴⁶ Robert Osgood, *Limited War: The Challenge to American Security* (Chicago: Chicago University Press, 1957), p. 5. Pour Warren Chin, «[the] response of the United States was to develop its own limited war capability, and the emergence of this new strategy of limited war represented an unprecedented development in the history of warfare. [...] Limited war, as practiced by the United States, was based on the application of massive self-restraint. Its aim was to permit the use of force in such a way that conflict did not escalate into a general nuclear war. In essence, it was designed to ensure that a balance between the goals of war and its cost were maintained. For limited war to work, it was important that the belligerent agreed on the rules of the game and were willing to operate within agreed parameters. In addition, this was a war of negotiation; the purpose of military power was not to secure military victory but to assist the bargaining process. Its function was to pressure and coerce the opponent to accept the preservation of the status quo. Hence the advent of nuclear weapons resulted in the suppression of the almost natural process that drove war toward totality». Voir Chin, «Technology» *supra* note 118, p. 42. Voir notamment Thomas Schelling, *Arms and Influence* (New Haven, Conn.: Yale University Press, 1966); Morton Halperin, *Limited War in the Nuclear Age* (New York: John Wiley and Sons, 1963).

¹⁴⁷ Bernard Brodie, *The Absolute Weapon: Atomic Power and World Order* (New York: Harcourt, Brace and Company, 1946), p. 73.

sociétés démocratiques de notre ère, mais aussi d'acteurs non étatiques associés à des mouvements terroristes¹⁴⁸.

Notre analyse conceptuelle et juridique nous permet de constater que depuis 1907, la question des bombardements aériens a été règlementée de deux manières: premièrement en interdisant l'emploi d'une arme à feu ou de son projectile, et deuxièmement en limitant considérablement sa sphère d'action. Par contre, l'arme, le projectile et sa sphère d'action sont restés à l'abri de la réglementation internationale¹⁴⁹. En l'absence d'un encadrement restrictif imposé par le droit de la guerre, la nécessité militaire prévaut sur l'immunité de la protection de la population civile contre le bombardement aérien. Ce n'est qu'après la Conférence de Bruxelles de 1874 qu'une restriction juridique viendra créer une distinction entre combattants et non-combattants. Malgré le fait que ce principe date de fort longtemps, dans les conflits armés technologiques contemporains, de 1991 à nos jours, on compte davantage de victimes civiles que militaires, à l'exception de la guerre du Koweït. De plus en plus, en s'appuyant sur la technologie, sur des frappes décisives et sur des méthodes de combats transférant le risque militaire de l'attaque vers la zone urbaine, ces bombardements apportent leur lot de questions concernant leur efficacité. Les opérations militaires ont davantage comme priorité l'atteinte des intérêts politiques et militaires que le respect de certains principes humanitaires. Dès lors, il importe d'analyser la portée et les limites du DIH dans la conduite des hostilités par la voie des airs et les protections dont sont titulaires les civils.

Pour conclure ce premier chapitre, l'appréciation de l'avion comme arme de guerre permet de croire que les destinées de tous les peuples se joueront dorénavant

¹⁴⁸ Selon l'auteur Max Boot, «[...] the Information Age offered new opportunities for what strategists call "asymmetric warfare" – the ability to inflict great damage on a powerful adversary by using unconventional weapons. Like commercial airliners». Voir Max Boot, *War Made New. Weapons, Warriors, and the Making of the Modern World*. Gotham Books. USA. 2006, p. 351.

¹⁴⁹ Selon le jurisconsulte Royse, «[cette] absence de restriction externe persiste à travers toute l'histoire. Depuis l'usage de l'ancienne catapulte jusqu'au combat d'artillerie moderne, le bombardement n'a été limité que par sa propre capacité, le développement des règles de bombardement étant toujours le produit naturel de la tactique militaire de l'époque et dominé en tout temps par l'idée de l'efficacité militaire». Voir notamment Fauchille, «Bombardement», *supra* note 86, p. 87.

dans les airs¹⁵⁰. Cette prétention s'appuie sur le fait que la guerre aérienne est maintenant complétée par une diplomatie aérienne. Cette diplomatie trouve sa fondation dans la vitesse de l'avion qui permet dorénavant une intervention militaire préventive. Ainsi, nous avons pu distinguer que la guerre du Koweït a confirmé le concept de la puissance aérienne. Cependant, il faut l'avouer, cette puissance a trouvé sa limite dans la guerre du Kosovo. Donc, l'avion est maintenant un outil de diplomatie et de projection de la puissance. Toutefois, cette puissance aérienne constitue un domaine nouveau où le droit international mérite une attention toute particulière. Or, la question que nous devons nous poser est de savoir si le droit international contemporain et ses différents régimes juridiques répondent adéquatement à la réalité des nouveaux types de guerre technologique nonobstant la clarté des instruments juridiques du droit des conflits armés. C'est ce à quoi nous tenterons de répondre au chapitre suivant.

¹⁵⁰ William Mitchell, «L'ère aéronautique», dans Gérard Chaliand, *Anthologie mondiale de la stratégie*, Paris, 1990, p. 1139.

CHAPITRE II

LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE APPLICABLE AUX OPÉRATIONS AÉRIENNES CONTEMPORAINES

«Par souci équitable de respecter une égalité de traitement, dont la rupture eut paru difficilement admissible à l'opinion mondiale que les grands criminels de guerre furent relevés du chef d'accusation d'une violation des règles de La Haye sur les bombardements sans discrimination des villes habitées»

Paul de La Pradelle

De nombreuses conférences diplomatiques ont été nécessaires sur la dichotomie fondée sur la notion de souffrance liée aux armements, les souffrances inutiles devant être absolument bannies et ce, nonobstant la nécessité militaire. Suite à ces conférences du début du XXe siècle, le développement de la norme de protection tendra vers une légalisation des attaques aériennes, avec la restriction, cependant, de ne pas viser de façon indiscriminée la population civile de l'adversaire et les villes non défendues.

C'est au XVIe siècle que les pères fondateurs du droit international ont établi une distinction fondamentale entre *nocentes* (combattants) d'une part, et *inocentes* (population civile) d'autre part¹⁵¹. Une distinction entre combattants et innocents a donc été établie. Ces pères fondateurs se sont préoccupés d'imposer des limites à l'emploi de la violence dans la conduite de la guerre. De là découlent deux principes chers au DIH: la distinction de la cible et la proportionnalité dans l'emploi de la force. C'est l'à-propos du droit applicable dans la guerre (*jus in bello*) dont le principe recteur est celui de la «nécessité militaire». Vittoria énonçait comme suit: «*bello licet omnia facere quae necessaria sunt ad defensionem boni publici*». L'objectif

¹⁵¹ Josée A. Pastor Ridruejo, *Le droit international à la veille du vingt et unième siècle: Normes, faits et valeurs*. Recueil de cours, 1998. T. 274 de la collection. Cours général de droit international public, p. 132 [Pastor Ridruejo, «Droit international»].

fondamental de cette locution latine est la protection de la population civile contre les effets des hostilités armées. Par exemple, avant l'éclatement de la Première Guerre mondiale, en 1914, la norme établie visait la prohibition totale des bombardements aériens directs sur la population civile.

Dans l'ordre, il sera successivement question des principes humanitaires applicables aux opérations aériennes (section 1), de la qualité et de la condition d'un objectif militaire légitime (section 2) et du commandant de l'air et des méthodes de transfert du risque militaire (section 3).

SECTION 1

LE DROIT HUMANITAIRE APPLICABLE AUX OPÉRATIONS AÉRIENNES

Sous-régime et considérée comme étant l'une des plus vieilles branches du droit international¹⁵², la raison d'être du droit des conflits armés est d'établir un standard minimal de la décence humaine dans le champ de bataille. Il se divise en deux branches principales: le droit de La Haye et le droit de Genève. La distinction fondamentale entre les deux branches du droit des conflits armés réside dans le contenu de ces règles, usages et coutumes dans la guerre (1.1.). Le droit de La Haye fixe les droits et les devoirs des belligérants dans la conduite des hostilités et limite le choix des moyens de nuire à l'ennemi. Le droit de Genève tend à protéger l'être humain des souffrances de la guerre¹⁵³. Ces régimes juridiques imposent notamment des obligations (1.2.) et des précautions (1.3.) à prendre durant les opérations militaires aériennes.

1.1 Les principes humanitaires

Depuis l'adoption des deux Protocoles additionnels de 1977, la distinction rigide en droit de La Haye et droit de Genève a laissé place à une appellation plus générale, soit celle de DIH applicable dans les conflits armés. Comme l'a souligné Calogeropoulos-Stratis, «les deux Protocoles de 1977 et le droit de Genève contiennent désormais des règles qui jusqu'alors relevaient typiquement du droit de La Haye, des règles qui

¹⁵² John L. Brierly, *The Law of Nations: An Introduction to the International Law of Peace*, 6th ed., Oxford: Clarendon Press, 1963, p. 25.

¹⁵³ Calogeropoulos-Stratis, «Droit humanitaire», *supra* note 51, pp. 56-57.

visent en particulier les méthodes et moyens de combat et la protection générale contre les effets des hostilités»¹⁵⁴. Ensuite, les règles du droit de la guerre, qui ont un caractère à la fois militaire et humanitaire, s'appliquent en période de conflit armé et en cas d'occupation¹⁵⁵.

Depuis le milieu du XX^e siècle, des efforts concertés ont été mis de l'avant afin d'imposer certaines limites dans la conduite des hostilités en se fondant sur la coutume et les usages¹⁵⁶. En l'espèce, il faut s'en tenir à la codification des normes coutumières par les Conventions de Genève de 1949. Le droit de Genève comprend deux sources qui sont d'une part le droit conventionnel, et d'autre part le droit coutumier. Les normes coutumières du DIH prennent le nom de «principes»¹⁵⁷. L'existence de ces règles coutumières pose parfois problème au niveau de leur application lors des hostilités aériennes, considérant que ces principes ont été prévus pour des zones de combat bidimensionnelles. La guerre aérienne, par contre, appelle une offensive à partir d'un point d'attaque tridimensionnel. Il n'en reste pas moins que les belligérants sont tenus au respect de ces principes¹⁵⁸.

L'encapsulation de ces principes fondamentaux au respect du droit à la vie et à la dignité humaine correspondait à la période où quelques États d'Europe développaient de puissantes armées et flottes marines en vue d'étendre leur influence sur tout le globe. Par exemple, quelques théoriciens allemands, notamment le professeur Carl Lueder, ont avancé que la puissance militaire ne devrait pas être

¹⁵⁴ Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, T. II, Georg, Genève, 1954, p. 312.

¹⁵⁵ Calogeropoulos-Stratis, «Droit humanitaire», *supra* note 51, pp. 57-61.

¹⁵⁶ Gerald Irving et A. D. Draper, «Humanitarianism in the Modern Law of Armed Conflict» dans M.A. Meyer, *Armed Conflict and the New Law*, British Institute of International and Comparative Law, 1989, p. 3.

¹⁵⁷ David Guillard, *Les armes de guerre et l'environnement naturel*, Paris, L'Harmattan, 2006. [Guillard, «Armes de guerre»].

¹⁵⁸ La codification des coutumes et des usages de la guerre s'est avérée une réalité suivant une requête du Président Lincoln à l'Union Forces durant la guerre civile des États-Unis. Un ensemble de règles de conduite s'est vu inscrit dans le Code Lieber en 1863 par le professeur Francis Lieber. Durant la seconde moitié du XIX^e siècle, davantage d'emphasis a été mise sur la codification des règles du droit de la guerre sous forme de traité, et ce, en commençant par les Conventions de Genève de 1864, suivi de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, de la Conférence de Bruxelles et des deux conférences en 1899 et 1907.

limitée par les usages et les coutumes de la guerre¹⁵⁹. Ces théoriciens ont largement influencé la pensée des Allemands de cette époque. En 1914, il a été rapporté qu'au sujet de la Belgique, le chancelier aurait affirmé que «nous sommes en état de nécessité et la nécessité (*ratio belli*) ne connaît aucune loi»¹⁶⁰. Aujourd'hui, les États moins avancés technologiquement perçoivent le droit de la guerre comme le moyen des puissances dominantes à projeter leur puissance. En 1977, à Genève, lors de la conférence diplomatique sur la réaffirmation du DIH applicable au droit des conflits armés, les délégués ont suggéré que lorsqu'une nation, dans un conflit armé, possède la puissance aérienne et que l'autre ne la possède pas, il devrait être interdit à la première de l'utiliser contre la dernière¹⁶¹. À l'heure actuelle, cette proposition suscite un réel débat.

Le droit de la guerre terrestre se retrouve dans la plupart des traités, entre autres dans le Règlement de La Haye de 1907, les Conventions de Genève de 1949 et ses Protocoles additionnels de 1977, le Statut de Rome pour l'établissement de la CPI et d'autres traités relatifs à l'armement comme la Convention des armes conventionnelles de 1981. Mais alors, le droit international coutumier continue à se développer tout en engageant les États à respecter des normes péremptoires comme celles du *jus cogens*. Ainsi, les premiers traités comportent très peu d'informations concernant la conduite des hostilités. Or, aujourd'hui, beaucoup de ces règles sont maintenant codifiées dans le Protocole I. En tenant compte du préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg, le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi, c'est-à-dire que les belligérants ne détiennent pas un droit illimité quant aux choix des moyens et des méthodes de nuire à l'ennemi et indirectement, à la population civile dans la zone des hostilités. Il existe quatre catégories de principes fondamentaux et

¹⁵⁹ John Westlake, «Concerning the Interpretation of a Treaty» (1909) 3 The American Journal of International Law, n° 1, pp. 247, 250.

¹⁶⁰ Anthony P.V. Rogers, *Law on the Battlefield*, Juris Publishing, Manchester University Press, p. 2 [Rogers, «Battlefield»]; Michael Walzer, *Just and Unjust Wars*, 2nd Ed. Basic Books, 1992, p. 240.

¹⁶¹ Rogers, *ibid.*, p. 2.

coutumiers, notamment le principe de la nécessité militaire, le principe d'humanité, le principe de distinction, le principe de proportionnalité et les dommages collatéraux.

1.1.1 La nécessité militaire

D'entrée de jeu, la nécessité militaire exprime l'idée de justification du recours à la force. En fait, le droit des conflits armés est un compromis fondé sur un équilibre entre d'une part les nécessités militaires et d'autre part les exigences de l'humanité¹⁶². Tout d'abord, le principe de nécessité trouve sa source dans le préambule de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868. Le seul but légitime que les États doivent se proposer, durant la guerre, est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi et, à cet effet, il suffit de mettre hors de combat le plus grand nombre d'hommes possible. La nécessité militaire s'entend par la nécessité des mesures indispensables, légales selon les lois et les coutumes de la guerre¹⁶³, pour atteindre les buts de guerre.

Il sera maintenant question de quelques définitions. En 1863, sous ordonnance du président des États-Unis, durant la guerre civile américaine, le Dr Francis Lieber donnera, au code du même nom, une définition du concept de «nécessité militaire» comme étant «les mesures indispensables pour atteindre les buts de guerre, légales selon les lois et coutumes de la guerre». L'article 15 du Code énonce que *Military necessity admits of all direct destruction of life or of armed enemies, and of other persons whose destruction is incidentally unavoidable in the armed contest of the war*. Cependant, il faut se référer à l'article 68 du Code de Lieber où il est stipulé *unnecessary or revengeful destruction of life is not lawful*¹⁶⁴. Il est présumé que toute attaque directe intentionnellement dirigée contre tout non-combattant ne serait pas nécessaire si elle ne visait pas un but militaire. Une autre définition plus précise est tirée de la décision judiciaire *Hostages Trial* (ou communément appelé *Wilhelm List and others*). Dans cette affaire, la Cour y définissait «nécessité militaire» comme

¹⁶² Yves Sandoz et al. eds., Genève, CICR, 1987, 394, par. 1389.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 394.

¹⁶⁴ Le nom officiel du Code Lieber est «General Orders 100: Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field». Sur l'histoire du code de Lieber, voir D.A. Wells, *War Crimes and the Law*, Social Philosophy Research Institute Book Series, n° , 2nd Ed., 1990, p. 7.

étant «une urgence qui impose à un commandant militaire de prendre sans délai les mesures indispensables pour obtenir la reddition complète de l'ennemi le plus rapidement possible, en recourant à des moyens de violence contrôlée et ne tombant pas sous l'interdit des lois et coutumes de la guerre»¹⁶⁵. Selon Yves Sandoz, la définition de «nécessité militaire» tirée de cette dernière définition repose sur quatre piliers: l'urgence, les mesures limitées à l'indispensable, le contrôle (dans l'espace et dans le temps) de la force employée et le moyen (qui ne doit pas enfreindre une interdiction inconditionnelle)¹⁶⁶.

Après la Deuxième Guerre mondiale, en 1945, il a souvent été soutenu qu'un commandant militaire pouvait jusqu'à une certaine limite ignorer le droit des conflits armés lorsqu'il devait essentiellement éviter une défaite¹⁶⁷, éviter un danger extrême ou dans le but de réaliser un acte à des fins propres à la guerre¹⁶⁸. La majeure partie des usages de la guerre ont été codifiés.

«It is not only treaties and conventions that may be suspended in their application by dubious claims of military necessity but also general uncodified rules on methods, including rules on target, and humanitarian rules. The legal position today, after a considerable body of case law has developed, appears to be that rules of the Law of War must only be suspended in case of clear military necessity; that the burden of proof is increased for the suspension of any rules exempting targets from attack; and an especially enhanced burden of proof applies in the case of suspension from

¹⁶⁵ La source et la traduction sont tirées de Sandoz. «Military necessity is an urgent need, admitting of no delay, for the taking of a commander, of measures which are indispensable for forcing as quickly as possible the complete surrender of the enemy by means of regulated violence and which are not forbidden by the laws and customs of war» (W. Downey, *op. cit.*, p. 254). Dans «The Hostages Trial» (Trial of Wilhelm List and Others), le tribunal militaire américain déclara que «[m]ilitary necessity or expediency do not justify a violation of positive rules [...] The rules of international law must be followed even if it results in the loss of a battle or even a war». («La nécessité ou l'opportunisme militaires ne justifient pas une violation des règles du droit positif [...] Les règles du droit international doivent être suivies, même si cela implique la perte d'une bataille, voire d'une guerre.») Le tribunal ajouta que les interdictions contenues dans le Règlement de La Haye «are superior to military necessities of the most urgent nature except where the Regulations themselves specifically provide the contrary» («sont supérieures aux nécessités militaires les plus urgentes, excepté lorsque le Règlement lui-même en dispose autrement»), 15 *Law Reports*, p. 175, et 8 *Law Reports*, pp. 66-69.

¹⁶⁶ Sandoz et *al.*, *supra* note 162, par. 1396.

¹⁶⁷ John Westlake, *Chapters on the Principles of International Law*, University of Michigan Press, 1904 pp. 126-128; Lassa Francis Lawrence Oppenheim et Hersch Lauterpacht, *International Law*, vol. 2, 7th Edn, 1952, pp. 231-233 [Oppenheim et Lauterpacht, «International Law»].

¹⁶⁸ Geoffrey Best, *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflicts*, Methuen, Londres, 1983, pp. 172-179 [Best, «Humanity»].

humanitarian rules. The degree of military necessity is also increased in proportion to the violation of these three groups; the presumption exists that no military necessity can justify violations of rule of the law of War»¹⁶⁹.

Rogers soulève que certains auteurs ont fait référence à la suspension du droit de la guerre pour des raisons de nécessité militaire. Selon lui, ils doivent tout de même se référer aux derniers vestiges des usages de la guerre qui ne sont jusqu'ici pas encore codifiés sous forme de traité. Il soutient que *what may be ignored in case of military necessity are not the law, but only the usage of war*. C'est-à-dire que dans la pratique, les usages de la guerre sont pour la plupart codifiés dans le Règlement de La Haye, les Conventions de Genève et ses Protocoles additionnels de 1977. L'article 23(g) des Règlements de La Haye interdit la destruction ou la saisine des propriétés ennemies, à tout le moins si ce n'est pas réclamé par la nécessité militaire, et l'article 23(e) prohibe l'utilisation d'armes pouvant causer des souffrances inutiles. Les Conventions de Genève, la Convention sur la propriété culturelle de 1954 et le premier Protocole permettent jusqu'à une certaine mesure la nécessité militaire¹⁷⁰. La clause Martens, reprise pour la première fois dans la Convention (II) de La Haye de 1899 et reprise dans le Préambule de la Convention (IV) de La Haye de 1907, permet de prendre en considération l'évolution des techniques militaires¹⁷¹. Par contre, les Parties au conflit ne sont pas contraintes de respecter des règles formelles imposées par le droit des conflits armés. À ce moment, la règle du respect d'une norme de *jus cogens* s'impose, sous la forme de normes internationales impératives auxquelles les États ne peuvent valablement se soustraire de leur propre chef ou même conventionnellement. Ainsi, les Parties se doivent d'agir conformément aux principes

¹⁶⁹ Ingrid Detter, *Law of War*, Cambridge University Press, 1987, p. 398 [Detter, «Law»].

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 398.

¹⁷¹ Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704, 3 mai 1993, paragr. 35. Par ailleurs, en 1950, la Commission du droit international releva dans ses commentaires que d'après le Tribunal militaire international de Nuremberg (TMI), la Convention de la Haye IV et son Règlement (notamment l'article 23 g) avaient acquis valeur coutumière en 1939, alors que les crimes de guerre du Statut du TMI étaient déjà reconnus comme crimes de guerre par le droit international. Parmi les sept Principes du Tribunal reconnus par le Statut du TMI, le Principe VI (b) *crimes de guerre* inclut dans cette catégorie de crimes, la «destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas la nécessité militaire» («wanton destruction of cities, towns, or villages, or devastation not justified by military necessity»).

du droit des gens, tel qu'ils résultent des usages établis, des principes d'humanité et des exigences de la conscience publique. Donc, la clause Martens s'impose *de facto*. La nécessité militaire sera quant à elle subordonnée à la clause Martens. Le commandant de l'attaque peut bénéficier d'une certaine liberté d'appréciation dans l'offensive et ce, dans les limites des cas prévus. Dans ce même élan, la Commission du droit international (CDI), dans ses travaux sur la responsabilité des États et l'état de nécessité, ne croit pas, pour sa part, qu'il existe des situations ayant pour effet:

«d'exclure l'illicéité d'un comportement étatique non conforme à une règle de droit de la guerre qui impose aux belligérants des limitations quant aux moyens et aux méthodes de la conduite des hostilités entre eux, cela dans le but général d'atténuer les rigueurs de la guerre»¹⁷².

Il est exclu d'invoquer l'état de nécessité militaire pour justifier les infractions au droit de la guerre. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué comme une cause d'exclusion d'illicéité, si l'obligation à laquelle le fait de l'État n'est pas conforme découle d'une norme impérative du droit international général. Il s'agit là de normes auxquelles aucune dérogation n'est permise et qui ne peuvent être modifiées que par de nouvelles normes de droit international général ayant le même caractère. De nos jours, il est très difficile de trouver une justification pour une attaque s'inscrivant dans le cadre d'un état de nécessité militaire.

1.1.2 Le principe d'humanité

Le principe d'humanité évoque le plus souvent des normes de *jus cogens* – droit des gens ou dans un contexte juridique, des considérations humanitaires. Les parties aux conflits se doivent de respecter les principes élémentaires d'humanité, notamment de protéger la population civile, en toute circonstance, contre les effets de la violence. Tout d'abord, nous pouvons tenir compte que dans la morale chrétienne, l'Église tenta de rendre les guerres moins inhumaines. Nous pouvons prendre

¹⁷² Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol. II, deuxième partie, pp. 33, 44, 45 et 49. Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Sandoz et *al.*, *supra* note 162, pp. 394-395.

l'exemple de la Décrétale de Grégoire IX de 1234 qui imposait la Paix de Dieu (*pax dei*) et qui, ainsi, écartera les conflits entre les marchands et les paysans¹⁷³.

Dans un cadre général, le principe d'humanité regroupe un ensemble de normes coutumières prohibant les comportements inhumains dans la guerre. En fait, les méthodes et moyens de guerre qui ne permettraient pas de distinguer entre les biens à caractère civil et les objectifs militaires ou qui auraient pour effet de causer des souffrances inutiles aux combattants sont interdits¹⁷⁴. C'est-à-dire que pour atteindre un objectif militaire légitime, il est interdit à la partie victorieuse d'infliger sans aucune nécessité des souffrances inutiles ou de détruire des biens civils ou culturels. Certes, dans la conduite des hostilités, la portée du principe d'humanité vise à établir le fait que les belligérants ne peuvent pas se conduire en toute impunité au profit de la guerre¹⁷⁵.

Ensuite, c'est au droit de La Haye, mais aussi aux Conventions de Genève de 1949, qu'il faut se référer relativement à une consécration du principe d'humanité. Premièrement, le droit de La Haye vise à priori à édicter aux belligérants certaines règles de conduite empreintes d'humanité. Il indique ainsi certains droits et obligations juridiques dans la conduite des opérations militaires et ce, tout en restreignant le choix des «moyens» (principalement les armes) et des «méthodes» (tactiques) de guerre. Ce droit applicable à la guerre s'appelle le *jus in bello*. En fait, des normes imposent certaines limitations à l'emploi des armes, dont le bombardement aérien et le lancement de projectiles du haut des airs. En effet, le caractère coutumier de ces normes ressort de la clause Martens (intégrée au Préambule de la Convention [II] de La Haye de 1907) prévoyant l'application des principes des droits des gens découlant des lois de l'humanité, dans les cas non compris par les dispositions réglementaires adoptées par les hautes parties contractantes. Dans les limites du bombardement aérien, les nouvelles munitions

¹⁷³ Guillard, «Armes de guerre», *supra* note 157, par. 80.4.

¹⁷⁴ CIJ, *Recueil 1996*, 68, par. 95.

¹⁷⁵ Gaëlle Kervarec, «L'intervention d'humanité dans le cadre des limites au principe de non-intervention», (1998) 32, *Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal*, issue 1, pp. 77, 133.

utilisées contre des cibles humaines (cibles molles) offrent dorénavant plus d'effectivité dans la neutralisation de l'ennemi. Cependant, il faut d'ailleurs tenir compte que ces munitions provoquent davantage de dommages tout en aggravant la souffrance parfois inutile de la victime. C'est l'une des raisons pour lesquelles une prohibition a été inscrite à l'article 23(e) de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868. Cette interdiction vise deux éléments: l'usage en temps de guerre des projectiles explosifs d'un poids inférieur à 400 grammes, et l'emploi «*des armes, des projectiles ou des matières propres à causer des maux superflus*». Ce fut là l'une des premières restrictions sur la conduite des belligérants en période de guerre. Une exigence qui ressort de cette dernière interdiction est l'esprit d'une «loi de l'humanité» où les attaques contre des objectifs militaires ne seront licites qu'à la condition que ni «*les dommages collatéraux*» ni le nombre de victimes, ou «*pertes incidentes*», ne soient excessifs par rapport à l'«*avantage militaire*» recherché ou attendu. Ce que l'on peut retenir du principe d'humanité, lorsqu'elle est employée contre des combattants, c'est que toute arme conçue pour provoquer des blessures plus graves que celles qui suffiraient pour mettre un soldat ennemi «*hors de combat*» (c'est-à-dire toute arme conçue pour provoquer des blessures «*inutiles*») revêt un caractère illicite, et ne devrait donc pas être utilisée¹⁷⁶, apportant ainsi une contribution au principe de «*protection*» de la population civile et du combattant mis hors combat, ou ne représentant pas une menace immédiate.

Répertoriée dans la doctrine par le professeur Pierre-Marie Dupuy et Alain Didier Olinga, la CIJ s'est aussi prononcée dans plusieurs affaires sur le caractère fondamental du principe d'humanité¹⁷⁷. La Cour a rappelé l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949. Elle cite que le droit de Genève reflète des «considérations élémentaires d'humanité» selon lesquelles les règles fondamentales

¹⁷⁶ I. Marques-Gross, «Le dilemme des mines antipersonnel. Le retour vers le futur». En référence, voir le site www.diplomatie.gouv.fr/fr/IMG/pdf/AFRI%2038.pdf. (Visité le 26 janvier 2008).

¹⁷⁷ CIJ, *Détroit de Corfou*, arrêt, fond, arrêt du 9 avril 1949, Rec., 1949, p. 21; CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États Unis à Téhéran*, arrêt du 24 mai 1980, Rec., 1980, pp. 42-43; CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt du 27 juin 1986, CIJ, Rec., 1986, p. 112; Voir Dupuy, «Considérations», *supra* note 18, p. 122; Voir Olinga, *supra* note 15, pp. 233-234.

du droit humanitaire applicables dans les conflits armés «s'imposent [...] parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier». Ces principes voient *ipso facto* leur application, nonobstant la nature du conflit armé, international ou interne. Ce principe d'humanité, sous un autre volet, intercède par ailleurs en faveur des blessés. Il reconnaît une protection aux personnes mises hors de combat et ne posant pas une menace immédiate, mais dont l'état de santé requiert qu'elles soient sauvées, tel qu'évoqué dans l'affaire *Peleus*¹⁷⁸.

1.1.3 Le principe de la distinction

Durant la guerre civile de 1871 en France, Guillaume de Prusse déclarait déjà: «Je fais la guerre aux soldats français et non aux populations françaises». L'exigence de distinguer entre un combattant, un combattant mis hors de combat et la population est le pilier fondamental du droit des conflits armés. De ce fait, l'attaque doit uniquement être portée contre des objectifs militaires clairement identifiés et légitimes. Le droit international coutumier a dès sa racine marqué une distinction au sein même de la population entre enfants, femmes et les ministres du Culte sans armes, qui ont la plupart du temps été considérés comme des non-combattants¹⁷⁹. Ensuite, vers la fin du XVIIIe siècle, une règle a émergé en invoquant que les non-combattants ne doivent pas faire l'objet d'attaques¹⁸⁰.

Au cours de l'Histoire, le caractère fondamental de la protection de la population civile est confronté à des intérêts politiques et militaires, surtout en ce qui concerne les moyens de destruction. Le principe a été codifié et reconnu à l'article 22 du Code de Lieber et dans la Déclaration de Saint-Pétersbourg. C'est ainsi que les non-combattants ne sont pas autorisés à prendre part aux hostilités. Ils sont du même coup protégés des attaques et des effets indirects de la guerre. Prenons par exemple la guerre du Vietnam. Après cette dernière, la communauté internationale a réaffirmé de renforcer la protection des non-combattants. C'est ainsi que l'interdiction de

¹⁷⁸ *Royaume Uni c. Eck et al* (affaire *Peleus*), I L.R.T.W.C., 17-20 Octobre 1945, p. 21.

¹⁷⁹ Theodor Meron, *Henry the Fifth and the Law of War*, (1992) AJIL, pp. 21, 34.

¹⁸⁰ Oppenheim et Lauterpacht, *supra* note 155, p. 346.

bombarder les populations civiles a été réaffirmée par l'Assemblée générale des Nations Unies avec la Résolution 2675 du 9 décembre 1970¹⁸¹.

«It is generally acknowledged that the non-execution of a treaty one of its parties may ultimately release the other party of its obligations, or justify the annulment of the document as in the case ordinary contracts. This cannot be true, however, of the Geneva Conventions which remain valid under all circumstances and are not subject to the condition of reciprocity»¹⁸².

La première référence au principe de la distinction propre aux bombardements aériens se retrouve à l'article 24(1) du *Règlement de La Haye de 1923*¹⁸³: *le bombardement aérien, exécuté dans le but de contraindre à l'exécution de réquisitions en nature ou au paiement de contributions en argent, est interdit*. Un principe incontesté du droit de la guerre est qu'il faut parmi les rigueurs de la lutte distinguer selon leurs effets: admettre celles qui sont nécessaires, rejeter celles qui sont inutiles¹⁸⁴. Le principe de distinction requiert que l'objet militaire soit, avant l'attaque, distingué des objets civils¹⁸⁵. L'article 48(1) du Protocole I oblige les États Parties à distinguer entre la population civile, les combattants, les objets de caractère civil et les objectifs militaires, et de ne diriger leurs opérations militaires que sur ceux-ci. Ce principe est destiné à assurer une protection à la population civile. Si une personne est reconnue comme étant un civil au sens de l'article 50(1), elle ne peut être un objectif militaire et, de plus, elle ne peut pas être intentionnellement attaquée même en situation de représailles au sens des articles 51(2) et 52(1) du Protocole I et 13 du Protocole II¹⁸⁶.

¹⁸¹ A.G. Res. 2675, N.U. AGRO, 25e Sess., Supp. n° 28, N.U. Doc. A/8028 (1970); Pictet, «Principles» *supra* note 13, pp. 89-90.

¹⁸² Pictet, «Principles», *supra* note 13, p. 90.

¹⁸³ *Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées à La Haye, déc. 1922 – fév. 1923*.

¹⁸⁴ Horowitz et Reiter, «Bombing Work», *supra* note 42, p. 61.

¹⁸⁵ Michael N. Schmitt, «The Principle of Discrimination in 21st Century Warfare» (1999) 2 Yale H.R. & Dev. L.J., pp. 148-149 [Schmitt, «Discrimination»].

¹⁸⁶ *Le Procureur c. Pavle Strugar et consorts* – Affaire n° IT-01-42-PT, «Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence déposée par la Défense», 7 juin 2002. *Kordic et Cerkez* («Vallée de la Lasva»), affaire n° IT-95-14/2-PT, Chambre de première instance III, Décision relative à l'exception préjudicielle conjointe aux fins de rejet de l'acte d'accusation modifié

Dans toutes les formes d'attaque, qu'elle soit offensive ou défensive, le principe de la distinction s'applique indistinctement à toute opération militaire terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les combattants mis hors de combat, les biens de caractère civil, les enfants et les animaux¹⁸⁷. Il s'applique en outre à toutes les attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre, mais il n'affecte pas autrement les règles du droit international, applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs¹⁸⁸. Au fil du temps, la conduite des hostilités a été soumise à des règles humanitaires. Tout comme la guerre navale et terrestre, le bombardement aérien est lui aussi soumis à certains principes humanitaires encadrés juridiquement afin qu'il ne puisse pas causer des effets nuisibles à la population civile¹⁸⁹. Par conséquent, la nature des nouveaux conflits armés soulève une disparité entre l'usage de la force et une interprétation, voire une applicabilité différentielle de certaines règles du droit de la guerre. C'est particulièrement le *jus in bello* qui lie d'une manière égale toutes les parties en conflit, qu'elles soient faibles ou puissantes. Aux termes des dispositions de l'article 96(3) du Protocole I, le *jus in bello* a une double dimension: restrictive et permissive. Le *jus in bello* a une dimension restrictive, car ses normes se préoccupent pour l'essentiel de la protection des victimes de la guerre. Ce principe général coutumier de la protection des non-combattants, attaché à la clause Martens, figure dans la Convention de La Haye de 1907¹⁹⁰. Sa version codifiée se retrouve à l'Article premier du Protocole selon lequel:

mettant en cause la responsabilité pour «manquement à l'obligation de punir», 2 mars 1999. Voir Nicaragua, CIJ, Recueil 1986, p. 14, par. 218-219.

¹⁸⁷ Chetail, «Contribution of the ICJ», *supra* note 118. Voir l'affaire *Coenca*, *supra* note 103, pp. 629-632. Voir Lester Nurick, «The Distinction between Combatant and Non-Combatant in the Law of War» (1945) 39 American Journal of International Law, n° 4. pp. 680, 697. Voir Green, «Contemporary», *supra* note 108, p. 181.

¹⁸⁸ Article 49(3) du Protocole I.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ Le professeur Martens de l'Université de Saint-Petersbourg a été le conseiller juridique de ministres des affaires extérieures de la Russie lors des deux Conférences internationales pour la paix de La Haye. Sa version codifiée se retrouve à l'article premier du Protocole selon lequel «[dans] les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique».

«Dans les cas non prévus par le présent Protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous la sauvegarde et sous l'empire du droit des gens, tel qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique».

La CIJ a admis dans plusieurs affaires l'existence de ce principe. Par exemple, dans *Détroit de Corfou* du 9 avril 1949, elle a rappelé le principe de *considérations générales d'humanité*¹⁹¹, de même que dans l'affaire *Nicaragua* du 27 juin 1986. Finalement, dans l'*Avis consultatif*, la Cour a considéré que:

«Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les États, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier»¹⁹².

Selon Luigi Condorelli, les énoncés de la Cour visent à rapprocher les principes humanitaires de la notion de *jus cogens* international¹⁹³. Cependant, les derniers conflits laissent présumer que le DIH souffre de problèmes sérieux quant au respect de l'identité et à l'usage excessif de la force par certains belligérants. Ses normes s'adressent aux belligérants alors que, durant le déroulement des combats, ces derniers sont davantage intéressés par l'idée de l'avantage militaire et l'obtention de la victoire plutôt que par le respect des règles du *jus in bello*, c'est-à-dire la protection des victimes de la guerre¹⁹⁴. Fort de ces concepts humanitaires, le DIH vise à offrir un cadre plus humain lors de la conduite des hostilités. C'est ce que nous aborderons au deuxième chapitre.

Dans la majorité des conflits armés, les populations civiles sont largement victimes des effets des hostilités. Or, malgré la maîtrise de la technologie des missiles

¹⁹¹ CIJ Recueil 1949, p. 22.

¹⁹² CIJ Recueil 1996, p. 28, par. 79.

¹⁹³ La norme de *jus cogens*, qui se rapproche de la notion de droit naturel, est définie par la Convention de Vienne de 1969 dans son article 53 comme «une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère». Recueil de cours, 1998, tome 274 de la collection; Pastor Ridruejo, «Droit international», *supra* note 139, p. 134. Sur cette dernière référence, voir la note en bas de page 91.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 135.

téléguidés au laser, deux points particuliers sont à souligner. Lesquels? Le premier consiste dans le fait que les objectifs militaires sont de plus en plus près des zones urbaines. En deuxième lieu, les attaques se font sur des objectifs militaires avec une double fonctionnalité et ce, tant dans le cadre de missions humanitaires, de renforcement ou d'instauration de la paix et de la sécurité internationale¹⁹⁵ que sous l'égide des Nations Unies ou de forces multinationales ou régionales¹⁹⁶. Face à ces situations inquiétantes, depuis près de deux décennies, l'ONU a toujours expressément rappelé aux belligérants et explicitement stipulé, dans de nombreuses résolutions, que les droits de l'homme constituaient la clé de voûte du système des Nations Unies et le fondement de la sécurité et du bien-être collectif¹⁹⁷. C'est la raison pour laquelle, en 1948, la communauté internationale a reconnu que le fait de prendre délibérément pour cibles des civils et d'autres personnes protégées en période de conflit armé constituait une violation flagrante de certaines garanties fondamentales inscrites dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (la *Déclaration universelle*)¹⁹⁸. Malgré l'absence d'une réglementation spécifique aux opérations aériennes de bombardement, le droit des gens est intransgressible.

La notion de «population civile» et le degré de protection prennent un tout autre sens lorsqu'il s'agit d'États stigmatisés, dits non démocratiques ou qualifiés de *rogue states*. Cette notion comporte une dimension où, au regard des récents bombardements en zone de combat ennemi, on peut observer un usage excessif de la force et une augmentation du *ratio* des pertes, autant du côté civil que de celui du

¹⁹⁵ Boutros Boutros-Ghali, *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking, and Peacekeeping: Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement Adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January 1992*, New-York, United Nations, 1992.

¹⁹⁶ Les forces de maintien de la paix des Nations Unies sont aussi tenues à cette obligation. Voir Richard D. Glick, «Lip Service to the Laws of War: Humanitarian Law and the United Nations Armed Forces» (1995) 17 Mich. J. Int'l L., pp. 105-107.

¹⁹⁷ Dans la Résolution 1674 (2006) du Conseil de sécurité des Nations Unies, réaffirmant les Résolutions 1265 (1999) et 1296 (2000) relatives à la protection des civils en période de conflits armés.

¹⁹⁸ ONU, Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, annexé à la lettre, en date du 24 mai 1994, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général, Doc. ONU S/1994/674, 27 mai 1994, par. 206; Fenrick, «Targeting» *supra* note 90, p. 496; Antonio Cassese, «The Geneva Protocols of 1977 on the Humanitarian Law of Armed Conflict and Customary International Law» (1984) 3 UCLA Pacific Basin Law Journal, n° 1 et 2, p. 83.

personnel militaire des forces attaquantes, davantage occidentales¹⁹⁹. Nous considérons que le principe de la proportionnalité mérite d'être analysé à la lumière de cette nouvelle réalité des conflits armés asymétriques.

1.1.4 La proportionnalité

Le principe de la proportionnalité vise à équilibrer les intérêts militaires et les intérêts humanitaires. Ce principe tente de réduire davantage les dommages collatéraux «recherchés» ou non et causés lors des opérations militaires²⁰⁰, dans notre cas les opérations aériennes²⁰¹. Les pertes civiles collatérales ou incidentes suscitent un réel débat dans l'ordre juridique. Certains auteurs avancent que le premier Protocole de 1977 tolère qu'en temps de guerre soient menées des attaques entraînant «des pertes et dommages civils incidents étendus»²⁰². Pour parler du Protocole, il faut se référer à l'article 51. Cet article comporte les principales dispositions relatives à la protection de la population civile. Il tend à rappeler aux belligérants qu'ils doivent protection à la population civile et aux personnes civile «en toutes circonstances». Il

¹⁹⁹ Sur le principe de l'interdiction de bombarder les cités non défendues et son respect durant la Seconde Guerre mondiale, on relèvera ce commentaire du C.I.C.R.: « Au cours de la Seconde [guerre mondiale], la situation prit un tour dramatique. Si le principe de base n'était pas remis en question, le développement gigantesque des moyens de guerre l'avait compromis en pratique. En fin de compte [...] les belligérants en sont arrivés à mener une guerre presque indiscriminée, qui causa de lourdes pertes parmi la population civile et se termina par le bombardement nucléaire d'Hiroshima et de Nagasaki. Et, depuis lors, la physique a poursuivi ses effrayantes découvertes» («Commentaires des Protocoles additionnels», Martinus Nijhoff, Genève, 1986, n° 1827). Selon les chiffres avancés le 5 novembre 1970 devant la IIIe Commission de l'Assemblée des Nations Unies, le nombre de pertes civiles dues notamment aux bombardements aériens par rapport aux pertes civiles militaires est passée de 5% (Première Guerre mondiale) à 48% (Deuxième Guerre mondiale), et à 84% (guerre de Corée). Voir notamment Jacques Verhaegen, *Le droit international pénal de Nuremberg, Acquis et régression*, Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 184. Voir notamment la note de bas de page 14 [Verhaegen, «Nuremberg»].

²⁰⁰ D. Fleck, «Die rechtlichen Garantien des Verbots von unmittelbaren Kampfhandlung gegen Zivilpersonen» (1996) 1 Military Law and Law of War Review, pp. 98-99.

²⁰¹ D.H.N. Johnson, «The legality of modern forms of aerial warfare» (1968) Royal Aeronautical Society Journal, August, pp. 685.

²⁰² Henry Meyrowitz, «Le bombardement stratégique», Zaor V, 41, n° 1, 1981 [Meyrowitz, «Bombardement»].

faut ajouter que les prohibitions qui en découlent ne visent pas seulement les attaques directes, mais également les attaques non discriminées²⁰³.

La règle de la proportionnalité se fonde en partie sur le droit international coutumier du droit des conflits armés. Relativement aux bombardements aériens, la règle figure entre autres à l'article 24 des Règles de La Haye de 1923. De plus, elle est paraphée aux articles 15 et 22 du Code de Lieber et débattue dans l'affaire *Caroline*²⁰⁴. En fait, le principe de la proportionnalité exige de qualifier d'inutiles certaines souffrances. Le but principal est de limiter les dommages causés par les opérations militaires, en exigeant que l'effet des moyens et méthodes de guerre utilisés ne soit pas disproportionné par rapport à l'avantage militaire recherché et que la riposte soit proportionnée à l'attaque. Ce principe, au niveau de l'application, pose en fait la question de l'adéquation entre les moyens mis en œuvre et l'effet militaire recherché. Il importe de préciser que ce principe n'exclut pas que les dommages collatéraux puissent atteindre la population civile et les biens civils et culturels. L'article 51(5)(b) du Protocole I interdit les attaques sur des objectifs militaires spécifiques s'il y a un risque que cela puisse causer des dommages collatéraux et des pertes civiles²⁰⁵. Quant à l'article 52(3), il assure une protection aux biens à caractère civil. Ainsi, en cas de doute, un bien qui est normalement affecté à un usage civil, comme un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire. Les belligérants sont aussi tenus de respecter les dispositions visant la précaution et la proportionnalité de l'usage de la force prévues à l'article 57 du même

²⁰³ Verhaegen, «Nuremberg», *supra* note 199, p. 184.

²⁰⁴ The *Caroline Case*, 29 British and Foreign State Papers 1129.

²⁰⁵ L'article 51(5a) du Protocole I condamne ainsi, en terme exprès, la technique dite du «bombardement en tapis» trop souvent utilisée au cours du dernier conflit mondial. Concernant la méthode «zéro mort», il faut se référer à la déclaration du sénateur américain Pat Roberts en 1999: «Je suis très préoccupé par la moralité de tout cela [...] Que nous volions à plus de cinq mille mètres d'altitude et fassions en sorte qu'aucun allié ne perde la vie autrement qu'accidentellement ou même ne soit blessé, quel message faisons-nous passer? Que des vies des forces de l'OTAN soient plus importantes que des milliers de vies perdues au sol, pour moi, il y a là une implication morale et je pense qu'en ce qui concerne les États-Unis, nous devons prendre du recul et réfléchir à nos objectifs et à ce que nous essayons de faire [...]», Arte, 1999, n° 64.107. Voir la note 42 dans Verhaegen, «Nuremberg», *supra* note 199, p. 196.

Protocole I. Dans cette disposition, il est clairement stipulé de veiller à épargner la population civile et les biens à caractère civil et de:

- (1) prendre toutes les précautions pratiquement possibles quant au choix des moyens et méthodes d'attaque en vue d'éviter et, en tout cas, de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens de caractère civil qui pourraient être causés incidemment;
- (2) s'abstenir de lancer une attaque dont on peut attendre qu'elle cause incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil, ou une combinaison de ces pertes et dommages, qui seraient excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu.

Mais dans la pratique des bombardements aériens, le respect du principe de la proportionnalité pose des problèmes concernant le fait et le moment de l'attaque. La violation de ce principe cause la majeure partie du temps des dommages collatéraux dont sont directement victimes les non-combattants, considérant le fait que les récents conflits armés comprenant des opérations aériennes se font davantage en zone urbaine, ce qui augmente le risque de pertes civiles. L'attaque peut avoir des conséquences plus graves advenant le ciblage de forces dangereuses comme des ouvrages et installations contenant des forces dangereuses produisant des armes chimiques, bactériologiques ou encore nucléaires pouvant causer des pertes sévères dans la population civile. En effet, en 1972, durant la guerre du Vietnam, les États-Unis ont bombardé une centrale hydro-électrique à Lang Chi. Cette centrale alimentait près de 75% du parc industriel de Hanoï et des opérations militaires de l'adversaire. Advenant une attaque du barrage, les stratèges américains estimaient que pas moins de 23 000 civils pourraient trouver la mort suite à la montée des eaux. Le conseiller militaire présidentiel (à l'époque de Nixon) indiqua que si l'attaque était menée avec un missile guidé au laser, la mission avait 90% de chance de réussite. Cela fut d'ailleurs le cas d'une attaque menée, dont la destruction de l'objectif militaire s'accomplit sans que les effets nuisent à la population civile²⁰⁶.

²⁰⁶ William Hays Parks, *Air War*, pp. 168-169 [Parks, «Air»].

La pertinence du principe peut se comprendre dans la planification de l'attaque. De nos jours, un commandant de l'air ne peut en aucune façon justifier une attaque intentionnelle dirigée contre la population civile de l'adversaire ou, en d'autres mots, permettre des attaques indiscriminées en zone de combat ennemie pouvant causer la perte de civils ou de non-combattants²⁰⁷. D'une part, la règle de proportionnalité s'applique dans l'obligation de la part du commandant de prendre toutes les précautions qui s'imposent pour bien identifier l'objectif militaire avant l'attaque. D'autre part, il en revient alors au pilote de l'air, advenant tout changement de configuration de la cible ou de la proximité de civils près de l'objectif militaire, d'annuler l'attaque et ce, selon les dispositions de l'article 57(2)(a)(iii) et (b) du Protocole I. Le principe de la proportionnalité est par ailleurs flou et ne fait pas l'unanimité tant de la part des États que de la doctrine.

Tout d'abord, lors de la conférence diplomatique qui conduisit à l'adoption des Protocoles additionnels de 1977, la France a voté contre l'article 51. À l'époque, elle considérait que le paragraphe était «de nature, par sa complexité, à nuire gravement à la conduite d'opérations militaires de défense contre un envahisseur et à compromettre ainsi l'exercice du droit naturel de légitime défense reconnu par l'article 51 de la Charte des Nations Unies»²⁰⁸. Toutefois, la France n'a pas formulé de réserve à l'égard de cette disposition lors de la ratification du Protocole I²⁰⁹. Par contre, le Mexique a considéré que l'article 51 ne devait en aucune façon faire l'objet de réserve, car cette disposition serait incompatible avec l'objet du Protocole I²¹⁰. Le Royaume-Uni, pour sa part, considérait que l'article 51(5)(b) constituait une codification utile d'un concept appelé à devenir rapidement acceptable par tous les États comme principe important de droit international en matière de conflit armé²¹¹. Cela conduisit une série d'États à doter leur mécanisme interne d'une législation aux

²⁰⁷ Article 51(5)(b) du Protocole I.

²⁰⁸ *Charte des Nations Unies*, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 n° 7.

²⁰⁹ J-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck, *Droit international humanitaire coutumier. Volume I: Règles*, Bruylant, 2006, p. 62; [Henckaerts et Doswald-Beck, «Humanitaire»].

²¹⁰ *Ibid.*, p. 63.

²¹¹ *Ibid.*

termes de laquelle une attaque qui enfreindrait le principe de proportionnalité constituerait une infraction²¹².

Il existe un débat doctrinal entre plusieurs auteurs sur la portée et la limite du concept. Tout d'abord, selon Frits Kalshoven, le mot «proportionnalité» en lui-même n'apparaît nulle part dans le Protocole, faisant ainsi suite aux oppositions de certains délégués lors de la Conférence diplomatique sur la négociation du Protocole I sur le concept de la proportionnalité²¹³. A.P.V. Rogers considère que les délégués ont fait preuve de prudence avant d'inclure toute référence à la règle de la proportionnalité considérant la difficulté de comparer des choses qui ne devraient pas être comparées, notamment l'avantage militaire et la perte de civils²¹⁴. Une seconde problématique est le niveau du risque d'attrition que peut se permettre d'absorber un commandant. Car en principe, le commandant militaire doit minimiser ses pertes militaires; en d'autres mots, préserver ses forces. Schmitt aborde cette problématique entre les obligations de l'attaquant et celles de l'attaqué en matière de protection de la population civile dans la zone de combat²¹⁵. Rogers recense, lui, un nouveau phénomène croissant: celui des «boucliers humains», c'est-à-dire des populations civiles qui se positionnent autour d'un objectif militaire pour éviter un bombardement aérien. Cette situation s'est produite durant les opérations de l'OTAN au Kosovo. Des civils se sont mis sur un pont afin d'éviter que celui-ci soit pris pour cible. La question est de savoir si la population civile a remis volontairement en question sa qualité de personne protégée qui lui est reconnue par le droit des conflits armés.

En fait, tout ce qui à rapport avec la question de la proportionnalité repose sur le jugement du commandant de l'air relativement au plan d'attaque, au moment de sa conception et de son exécution. Sa responsabilité, en partie, se résume à atteindre

²¹² *Ibid.*, p. 64.

²¹³ Frits Kalshoven, «Reaffirmation», p. 117. Voir note 113 dans Rogers, «*Battlefield*», *supra* note 160.

²¹⁴ Rogers, «*Battlefield*», *Ibid.*, p. 20.

²¹⁵ Michael N. Schmitt, «Book Review: Law on the Battlefield» (1998) 8 USAFA J. L. EG. S. TUD, pp. 261-262.

l'objectif militaire au moindre coût de pertes militaires et humaines, avec toutes les précautions possibles avant et durant l'attaque²¹⁶.

1.2 Les précautions à prendre

Le droit international prévoit une série de règles régissant la conduite des attaques, peu importe les moyens utilisés. Dans ce même prolongement, le commandant d'une attaque se doit de prendre certaines précautions afin d'éviter et de limiter les effets des hostilités. Dans le cas contraire, la conduite du responsable peut avoir une portée internationale d'une exceptionnelle gravité emportant une responsabilité pénale internationale et individuelle.

La notion d'«attaque» est définie aux termes de l'article 49(1) du Protocole I. Elle réfère à des actes de violence contre l'adversaire, que ce soit sur un mode offensif ou défensif. Selon Frits Kalshoven, les «actes de violence» impliqueraient aussi l'utilisation de moyens de guerre, mais n'incluraient pas la prise de prisonniers de guerre même si cela suppose l'utilisation de la force²¹⁷. La notion d'actes «offensifs» ou «défensifs» implique qu'une force ouvre le feu en réplique à une attaque ou à une invasion, ou qu'elle soit elle-même engagée dans une attaque. Ces deux statuts sont également tenus de se soumettre aux règles du Protocole I relativement aux attaques²¹⁸. En effet, il est prohibé de conduire une attaque directement et intentionnellement sans discrimination quelle que soit la nature du conflit armé. En tant que tel, selon le droit international coutumier, les attaques qui violent le principe de la distinction sont considérées comme étant indiscriminées. Rogers se réfère à d'autres auteurs qui soutiennent que l'attaque doit être conforme au principe de la proportionnalité, et que toutes les précautions raisonnables doivent être prises afin d'atteindre directement l'objectif militaire visé²¹⁹. Quant à Hans Blix, il

²¹⁶ Rogers, «*Battlefield*», *supra* note 160, pp. 22-23.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 27; Frits Kalshoven et Liesbeth Zegveld, «Constraints on the Waging of War, An Introduction to International Humanitarian Law», 3rd ed., RICR, Geneva, 2001, p. 97.

²¹⁸ Rogers, «*Battlefield*», *supra* note 160, p. 28.

²¹⁹ *Ibid.*, note 160, pp. 22-23; Anthony P.V. Rogers, «Conduct of Combat and Risks Run by the Civilian Population» (1982), *Military Law & Law of War Review*, p. 298.

considère les trois éléments suivants afin de déterminer si l'attaque de l'objectif militaire répond au principe de la distinction au sens de l'article 24(3) des Règles de La Haye de 1923:

- 1) Targets must be identified with some certainty as military objectives;
- 2) Attacks must be directed to such identified targets, and
- 3) The weapon and methods must be such that the target may be hit with some degree of likelihood²²⁰.

Blix se réfère aux dispositions de l'article 51(4) du Protocole I où l'on considère que sont des attaques indiscriminées:

- 1) des attaques qui ne sont pas dirigées contre un objectif militaire déterminé;
- 2) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat qui ne peuvent pas être dirigés contre un objectif militaire déterminé; ou
- 3) des attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités comme le prescrit le présent Protocole.

Rogers fait une analyse pratique de ces trois obligations juridiques avec des exemples factuels. Dans un premier temps, il serait interdit à une partie de tirer des missiles dans des villes densément peuplées; tel fut pourtant le cas, durant la guerre du Koweït de 1991, par les forces irakiennes, avec des attaques aux missiles Scuds sur l'État d'Israël. En second lieu, une partie ne peut lancer une attaque si plusieurs des objectifs militaires sont situés dans une zone urbaine et peuplée. Cependant, cette zone ne perd pas sa qualité d'objectif militaire²²¹. Toutefois, les règles de la distinction et de la proportionnalité doivent être respectées afin d'éviter des dommages collatéraux. En troisième indication, lorsqu'il apparaît que des forces dangereuses figurent près de l'objectif militaire, le commandant de l'attaque se doit d'évaluer les conséquences des dommages collatéraux qui risquent de résulter de l'attaque et l'avantage militaire qui en découlera, eu égard au respect du principe de proportionnalité à la lumière des dispositions de l'article 56 du Protocole I qui aborde directement la question des forces dangereuses. Comme l'a soulevé Rogers, il

²²⁰ Rogers, «*Battlefield*», *supra* note 160, pp. 22-23; Hans Blix, «Area Bombardment: Rules and Reasons» (1978) *British Yearbook of International and Comparative Law*, p. 48.

²²¹ Green, «Contemporary», *supra* note 108, p. 150.

importe aussi d'indiquer les «attaques dans lesquelles on utilise des méthodes ou moyens de combat dont les effets ne peuvent pas être limités», même si cette notion est quelque peu vague. Le Protocole I ne spécifie aucune limite aux effets des méthodes et moyens employés²²².

Sans pour autant dire, l'aspect indiscriminé de l'attaque et l'intention qui s'y rattache doivent être tenus en compte. Par conséquent, nous l'aborderons brièvement suivant la position empruntée par les juridictions pénales internationales, particulièrement celle du TPIY. La question de l'«intention» dans l'attaque a été entendue dans l'affaire *Kupreskic* devant le TPIY :

«In the case of repeated attacks, all or most of them falling within the grey area between indisputable legality and unlawfulness, it might be warranted to conclude that the cumulative effect of such acts entails that they may not be in keeping with international law. Indeed, this pattern of military conduct may turn out to jeopardize excessively the lives and assets of civilians, contrary to the demands of humanity»²²³.

L'article 51(4) interdit formellement les attaques indiscriminées de nature à cibler un objectif militaire ou civil, ou des objets à caractère civil. Ces obligations s'appliquent sans restriction à toute forme d'attaque, mais aussi aux bombardements aériens au sens de l'article 49(1): «*L'expression "attaques" s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs*». Quant au Protocole II, il dispose également du principe de la proportionnalité à l'article 13. Cette disposition s'applique dans le cas des conflits armés non internationaux. Elle est destinée à assurer une protection à la population civile et non aux objets à caractère civil. Par contre, l'*opinio juris* et la pratique des États dans les conflits armés non internationaux semblent se cristalliser par un respect tacite de respecter les biens à caractère civil, même dans ce type conflit²²⁴.

²²² Rogers, «*Battlefield*», *supra* note 160, p. 26.

²²³ *Le Procureur c. Kupreskic et al*, TPIY. IT-95-16-T [*Kupreskic*].

²²⁴ Déclaration publique du 21 octobre 1964 du Premier Ministre de la RDC (T.P.I.Y, Ch. d'appel, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, *Tadic*, 2 oct.1995, n° IT-94-1-AR72, par. 105).

En somme, la responsabilité revient au commandant de prendre en considération tous les éléments en temps réel qui lui permettent de conduire une attaque sans que n'en résultent des dommages collatéraux et en prenant toutes les précautions requises pour attaquer un objectif militaire confirmé et légitime²²⁵. En résumé, le commandant militaire peut se permettre une large discrétion dans l'interprétation du droit des conflits armés. En fait, il possède une sorte de *carte blanche* sur la préparation des plans d'attaque, la méthode de conduite des hostilités, ainsi que sur le choix et la sélection des objectifs militaires²²⁶; par conséquent, que ce soit en mode offensif ou défensif, il est tenu à certaines obligations de précaution.

1.2.1 Avant l'opération

Tout belligérant est titulaire de responsabilités et d'obligations envers lui-même et l'ennemi avant de mener toute attaque contre ce dernier. Le Protocole I impose au commandant l'obligation de prendre des précautions dans la conduite de l'attaque²²⁷ afin d'épargner la population et, du coup, à prendre toutes les mesures pratiquement possibles afin que cette dernière soit menée à l'extérieur des zones fortement peuplées²²⁸. Avant toute attaque ou tout bombardement, l'article 57(4) du Protocole I prévoit certaines précautions devant être prises en considération:

«Dans la conduite des opérations militaires sur mer ou dans les airs, chaque Partie au conflit doit prendre, conformément aux droits et aux devoirs qui découlent pour elle des règles du droit international applicable dans les conflits armés, toutes les précautions raisonnables pour éviter des pertes en vies humaines dans la population civile et des dommages aux biens de caractère civil».

²²⁵ Rogers, «*Battlefield*», *supra* note 160, p. 27; voir Adam Roberts et Richard Guelff, *Documents on the Laws of War*, 3rd Éd, Oxford University Press, 2000, p. 51.

²²⁶ Sandoz et al., «Genève», *supra*, note 162; Rosa Ehrenreich Brooks, «The New Imperialism: Violence, Norms, and the «Rule of Law» (2003) 101 Michigan Law Review, 2275, p. 2320; Matthew Lippman, «Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan» (2002) 33 California Western International Law Journal, 1 [Lippman, «Aerial»].

²²⁷ Article 57 du Protocole I.

²²⁸ Article 58 du Protocole I.

Avant le lancement d'une attaque, le responsable doit, au sens des articles 56 et 57 du Protocole I, s'assurer de prendre toutes les précautions nécessaires afin d'éviter d'attaquer des ouvrages et installations qui contiennent des forces dangereuses pouvant causer des pertes sévères dans la population civile. Le but de ces dispositions est de réduire au minimum les pertes en vies humaines dans la population civile, les blessures aux personnes civiles et les dommages aux biens à caractère civil qui pourraient être causés incidemment. Dans le cas des opérations aériennes, ces mesures de précaution visent à protéger la population civile contre le risque et les effets des bombardements aériens²²⁹. Ces précautions n'excluent en aucune manière le principe de la proportionnalité dans l'usage de la force auquel sont tenus tous les belligérants. De telles précautions se retrouvent, soit dans le Protocole I, le Code de Lieber, soit dans les résolutions des Conférences de Bruxelles de 1874 et du Règlement de La Haye de 1899 et 1907²³⁰.

1.2.2 Les effets de l'opération

La première règle à respecter est le principe de distinction. Ce principe se retrouve à l'article 48 du Protocole I. L'État a l'obligation de faire la distinction entre la population civile et les combattants d'une part, et entre les objets à caractère civil et les objectifs militaires d'autre part. Selon l'article 50(1) du Protocole I relativement à la définition de «civil» au sens de l'article 4(a) (1), (2), (3) et (6) de la Troisième Convention de Genève de 1949, si la cible est une personne civile, elle ne peut en

²²⁹ Les articles 48, 57(1), 57(2)(a)(i), 57(2)(b), 57(2)(c), art. 19 du Code de Lieber, art. 16 de la Conférence de Bruxelles de 1874 et art. 26 du Règlement de La Haye de 1899 et 1907.

²³⁰ En l'espèce, se référer aux documents suivants: Art. 33, *Manuel des lois de la guerre sur terre*, adopté par l'Institut de Droit international à la session d'Oxford, le 9 septembre 1880 (manuel d'Oxford); Art. 26, *Règlement de La Haye* (1907), annexé à la Convention IV concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son annexe; Art. 6, *Convention (IX) concernant le bombardement par les forces navales en temps de guerre*. La Haye, 18 octobre 1907: Art. 19, *IVe Convention de Genève (Cessation de la protection des hôpitaux)*; Art. 57 (2)(c) et paragr. 4 (*Précautions dans l'attaque*), Protocole I (1977); Art. 5(2), *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs* (Protocole II à la Convention de 1980); Art. 3(11) et art. 6, *Protocole sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi des mines, pièges et autres dispositifs*, tel qu'il a été modifié le 3 mai 1996 (Protocole II à la Convention de 1980).

aucun moment être considérée comme un objectif militaire et de surcroît, elle ne peut être intentionnellement attaquée et ce, même par des représailles, tel que stipulé aux articles 51(2), 51(6) et 52(1) du Protocole I. Une contravention à ces dispositions est considérée comme une attaque indiscriminée et est donc interdite en vertu de l'article 51(4). Que le conflit armé soit international ou non international, un bombardement aérien ne peut se faire sans distinction²³¹. Par exemple, le Protocole II prévoit une protection similaire au Protocole I, mais uniquement à la population civile et non aux biens à caractère civil. Le principe de distinction est maintenant bien établi et le bombardement aérien n'y fait pas exception.

On ne saurait terminer cette section sans apporter une interprétation *a contrario* du cadre général de l'article 57 relativement aux précautions à prendre. Ainsi, l'article 57(2) fait obligation aux Parties, avant de décider une attaque, d'apprécier préalablement si les pertes incidentes ne seront pas «excessives par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu»²³². C'est-à-dire que dans l'opérationnalité de la guerre, l'obligation du belligérant est de vérifier avant l'attaque que les dommages collatéraux ne seront pas excessifs par rapport à l'avantage militaire. S'il en conclut par la négative ou que les pertes civiles apparaissent «proportionnées», furent-elles «très étendues», l'attaque bénéficierait d'une authentique autorisation de la loi. À première vue, une telle «justification objective» est incompatible avec le principe voulant réprimer les attaques indiscriminées et les dispositions aux paragraphes (1), (4)(c) de l'article 51. Parce que cela permettrait de transgresser objectivement et en toute légitimité la norme de protection de la population civile lorsque les pertes sont *prévisibles* et *consciemment* infligées²³³. L'esprit de la clause Martens serait-il aussi violé. Le tout premier principe de tout droit des conflits armés impose à tout belligérant le respect du principe selon le «standard minimum d'humanité». Ainsi, si l'importance de l'objectif militaire peut et

²³¹ Hersch Lauterpacht, «Rules of Warfare in an Unlawful War» dans G.A. Lipsky, *Law and Politics in the World Community (Essays on Hans Kelsen's Pure Theory and Related Problems in International Law)* (1953), pp. 89-113.

²³² Voir Acte VI, p. 212.

²³³ Verhaegen, «Nuremberg», *supra* note 199, pp. 189-190.

doit effectivement [...] être prise en considération, c'est uniquement aux fins d'évaluer le taux acceptable de risques fortuits que pourrait créer le recours à la force, et certainement pas pour décider d'un taux acceptable de morts ou de blessés parmi la population protégée²³⁴.

Pour parer à cette interprétation litigieuse, la Belgique rectifia le tir dans sa loi de juin 1998. Le législateur belge a fait suivre les mots «*pertes excessives par rapport à l'avantage militaire attendu*» de l'autre limite intransgressible que constituent les principes d'humanité:

«sans préjudice de la criminalité de l'attaque dont les effets dommageables, même proportionnés à l'avantage militaire attendu, seraient incompatibles avec les principes du droit des gens, tel qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique»²³⁵.

En conclusion de cette première section, il ne peut être commis contre des civils dans la zone de combat adverse des «actes de violence» ou des «attaques indiscriminées», sauf deux exceptions. Première exception: lorsque les civils participent directement aux hostilités, et pendant la durée de cette participation. Cela ne comprend pas la simple participation à l'effort de guerre²³⁶. Deuxième exception: lorsque les civils se trouvent à proximité d'objectifs militaires trop peu espacés les uns des autres pour constituer des objectifs distincts, les pertes et dommages subis par les civils ne sont pas «excessifs par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu» par l'auteur de l'attaque²³⁷. Dès lors, une analyse plus étendue de la norme de protection de la population civile et de la notion d'«objectif militaire» dans les conflits armés modernes prend toute son importance dans les limites de sa qualité et de sa condition. Nous en proposons l'analyse à la section suivante.

²³⁴ *Ibid.*, p. 190.

²³⁵ *Ibid.*, p. 191. Voir *Loi du 16 juin 1993*, articles 1, 12 et 13. Voir A. Andries et *al.*, «Commentaire de la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des infractions graves au droit international humanitaire», R.D.P.C., nov. 1994, p. 1156.

²³⁶ Eric David, *Principes de droit des conflits armés*, Bruylant, 2002, 3e édition, pp. 248-249 [David, «Principes»].

²³⁷ *Ibid.*, p. 250.

SECTION 2

LA CONDITION CIVILE DES OBJECTIFS MILITAIRES

Après avoir appréhendé la légitimité des opérations aériennes à la lumière des obligations juridiques découlant de la coutume et du droit international, il importe de s'interroger sur la norme de protection des populations civiles (2.1.). Ensuite, dans la relation triangulaire entre l'arme, le bénéficiaire de la protection juridique et l'objectif militaire, des instruments internationaux préconisent des règles raisonnables qui assurent l'immunité des non-combattants, peu importe la nature et le critère dudit objectif (2.2.).

2.1 La norme de protection

La norme de protection dans la guerre s'inscrit dans une perspective coutumière. Dans le cas de la guerre aérienne, cette valeur coutumière a été confirmée dans le texte de résolution de la SDN dans la résolution du 30 septembre 1938 où l'on réitère les principes applicables:

- 1) les bombardements intentionnels des populations civiles sont illégaux;
- 2) les cibles visées par les opérations aériennes doivent être des objectifs militaires légitimes et doivent être identifiables;
- 3) toute attaque contre des objectifs militaires légitimes doit être exécutée de manière à éviter de bombarder par négligence des populations civiles se trouvant dans le voisinage²³⁸.

Considérant qu'à cette époque, cette disposition visait les conflits internationaux entre États, nous ne pouvons pas, d'un point de vue juridique, exclure cette protection réservée aux populations dans le cas d'un conflit armé non international. Cette problématique a été soulevée par le représentant de la Norvège. Ainsi, deux résolutions de l'Assemblée générale de l'ONU (les résolutions 2444 et 2675) ont soulevé la reconnaissance du principe de distinction dans les conflits armés et ont confirmé son application dans les conflits internes. En effet, la notion de «conflit armé» doit se comprendre comme incluant tous les types de conflits. Une position qui

²³⁸ Résolution 1938, Société des Nations, O.J. Supp. 183, p. 135-136 (1938).

vient renforcer les Conventions de Genève et les Règles de La Haye qui ne s'appliquaient qu'aux conflits internationaux²³⁹.

Ici, il sera question d'aborder la question de la norme de protection vouée à la population civile et ce, malgré l'importance des biens de nature civile. En effet, l'adoption de deux protocoles, en 1977, est venue codifier certains principes relatifs aux lois et coutumes de la guerre sans pour autant exempter la conduite de la guerre aérienne²⁴⁰. Ainsi, l'article 48 du Protocole I et l'article 13 du Protocole II érigent le principe de distinction et la protection de la population civile en règles fondamentales intransgressibles²⁴¹. Le principe de distinction impose aux belligérants de distinguer en tout temps entre la population civile et les combattants, ainsi qu'entre les biens à caractère civil et les objectifs militaires et, par conséquent, de ne diriger leurs opérations que contre des objectifs militaires²⁴² tout en prenant les dispositions nécessaires afin de minimiser les dommages²⁴³ indépendamment de l'avantage militaire soutiré²⁴⁴. La définition d'«attaques» et son champ d'application seront énoncés à l'article 49(3) du Protocole I, qui stipule que «les dispositions de la présente section s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère

²³⁹ U.N. GAOR, 3e Commission, 25e session, 1785e séance, p. 281, Document des Nations Unies A/C.3/SR.1785 (1970) et U.N. GAOR 25e session, 1922e session, p. 3, Document des Nations Unies A/PV.1992 (1970).

²⁴⁰ Desaussure, «Role of the Law», *supra* note 36, p. 42.

²⁴¹ Déclaration publique du 21 octobre 1964 du Premier Ministre de la RDC (T.P.I.Y, Ch. d'appel, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, Tadic, 2 oct. 1995, n° IT-94-1-AR72, par. 105; Institut international de droit humanitaire, *Déclaration sur les règles du droit international humanitaire relatives à la conduite des hostilités dans les conflits armés non internationaux* (1990), R.I.C.R., n° 785, sept.-oct. 1990, 440, par. 6 et p. 426; Tadic, Ch. d'appel, *Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence*, 2 oct. 1995, No IT-94-1-AR72, par. 101-112.).

²⁴² Art. 48 du Protocole I.

²⁴³ (1) l'obligation d'éviter ou de minimiser les pertes de vie civiles accidentelles, blessures et d'endommager des cibles civiles (art. 48 et 57 [1] du Protocole I); (2) l'obligation de vérifier que la cible soit effectivement un objectif militaire (art.57.2[a]9i] du Protocole I); (3) l'obligation d'annuler ou de suspendre une attaque sous des circonstances spécifiques (art. 57.2[b] du Protocole I); (4) l'obligation de sélection des cibles représentant le moins de risque potentiel (art. 57.3 du Protocole I); (5) l'obligation de donner un avertissement d'avance clair (art. 57.2[c] du Protocole I) (art. 19 du Code Lieber) (art. 16 de la *Conférence de Bruxelles de 1874*) (art. 26 du *Règlement de La Haye de 1899 et 1907*); (6) l'obligation de prendre des précautions contre les effets de l'attaque (art. 58 Protocole I).

²⁴⁴ Bouruet-Aubertot, «Bombardements», *supra* note 18, p. 53.

civil. Elles s'appliquent en outre à toutes les attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre, mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs».

Les actes d'hostilité ne peuvent être accomplis par n'importe qui et n'importe comment. Il existe des limites dans la conduite des hostilités. Le droit des gens (*jus cogens*) repose à cet égard sur la distinction entre les combattants et les non-combattants. Les combattants ont seule qualité, selon le droit international, pour commettre des actes d'hostilité et sont exposés à des représailles de la part de l'adversaire. Par conséquent, ils bénéficient de la protection et du traitement des prisonniers de guerre²⁴⁵. Quant aux combattants mis hors de combat et ne constituant pas un danger immédiat, ils doivent s'abstenir de commettre des actes d'hostilité et en retour doivent être respectés par l'ennemi, sauf d'être exposés à la répression pénale s'ils accomplissent des actes de belligérance²⁴⁶.

Contrairement à la guerre navale et terrestre, le théâtre des opérations militaires aériennes se situe dans les airs, alors que les objectifs militaires et la zone de combat se situent au sol (dans la plupart des cas, en zone urbaine). En effet, pour l'arme aérienne, la zone de combat, loin d'être limitée à telle ou telle région du territoire, embrasse la totalité aérienne attachée à l'intégrité territoriale. Elle comprend toutes les opérations militaires effectuées par un avion militaire et dirigées contre l'ennemi. Cette limitation juridique exprime l'interdiction de lancer des projectiles du haut des ballons, si l'on se fie à la Déclaration de La Haye du 29 juillet 1899 et à l'interdiction générale de bombarder «par quelque moyen que ce soit» des villes ouvertes, stipulée dans l'article 25 du Règlement de La Haye du 18 octobre 1907²⁴⁷. Cependant, depuis l'utilisation de l'avion à des fins militaires, les populations civiles de l'ennemie, ou de façon péjorative, les «autres», n'ont pas échappé aux conséquences, ni aux conséquences, de cette nouvelle forme d'hostilité déployée.

Un cadre juridique complet rappelle que les populations civiles, quelles que soient la nature du conflit ou la zone de guerre, jouissent d'une protection juridique

²⁴⁵ Rousseau, «Conflits armés», *supra* note 114, p. 68.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 68.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 356.

qui produit ses effets sur terre, sur mer et dans les airs²⁴⁸, mais aussi depuis la terre, la mer et les airs²⁴⁹.

2.1.1 L'adjectif «civil» de l'objectif militaire

L'adjectif «civil» mis en conjonction avec «personne» et «population» implique, selon le régime du droit des conflits armés, une protection juridique distincte de celle destinée aux militaires ou combattants prenant part aux hostilités. Initialement, lors de la conférence diplomatique pour l'adoption des Protocoles additionnels, le caractère juridique de la protection qu'offrait le DIH aux personnes «civiles» ou aux populations «civiles» était tout d'abord limitatif. L'article 50 du Protocole I donne une définition négative du civil ou de ce qui n'est pas combattant.

Article 50 - Définition des personnes civiles et de la population civile

1. Est considérée comme civile toute personne n'appartenant pas à l'une des catégories visées à l'article 4 A, 1), 2), 3), et 6) de la IIIe Convention et à l'article 43 du présent Protocole. En cas de doute, ladite personne sera considérée comme civile.
2. La population civile comprend toutes les personnes civiles.
3. La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personne civile ne prive pas cette population de sa qualité.

Le premier alinéa laisse place à une présomption, c'est-à-dire qu'en cas de doute, une personne est présumée civile. D'un autre côté, au troisième alinéa, le combattant isolé se retrouvant au sein de la population civile ne fait pas perdre à cette

²⁴⁸ David, «Principes», *supra* note 236, p. 246.

²⁴⁹ Selon Éric David, l'interdiction d'attaquer des civils dans les airs n'est pas clairement exprimée. Voir David, «Principes», *supra* note 236, pp. 246-247. Par conséquent, les destructions d'avions civils, en 1983 d'un Boeing des Korean Airlines par les Soviétiques, en 1988 d'un Airbus d'Iran par les Américains et de deux petits avions civils par les Cubains, ont été condamnées par la communauté internationale. Lors de l'Assemblée de l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI), la *Convention de Chicago* du 7 décembre 1944 a été amendée le 10 mai 1984 pour y ajouter un nouvel article 3 bis stipulant que «[tout] État doit s'abstenir de recourir à l'usage des armes contre un avion civil en vol». Dans sa résolution du 26 juillet 1996, le Conseil de sécurité des Nations Unies (CSNU) a déclaré que «[l'emploi] des armes contre les aéronefs civils en vol [...] est incompatible avec les considérations élémentaires d'humanité, avec les règles du droit international coutumier codifiées dans l'article 3 bis de la *Convention de Chicago* et avec les normes et pratiques recommandées établies par les annexes de la *Convention*». S/Rés. 1067, 26 juillet 1996, par. 4. Voir David, *ibid.*, p. 247.

dernière sa qualité civile²⁵⁰. Mais réciproquement, un groupe de combattants au milieu de la population civile ne devient pas un groupe de civils. Richard R. Baxter l'a soulevé comme suit:

«La présence de groupe organisé de soldats au milieu de la population civile, ne confère aux soldats aucune immunité contre une attaque qui serait dirigée contre eux²⁵¹. Éric David soulève le principe au fait que des civils se défendant par les armes contre une action armée dont ils seraient illégalement la cible ne devraient pas nécessairement leur faire perdre leur statut de non-combattant et l'immunité à laquelle ils sont en droit en cette qualité. Ce principe a été rappelé à propos du droit général de légitime défense du personnel de l'ONU engagé dans des missions de maintien de la paix»²⁵².

En effet, l'inégalité dans l'adversité de la guerre technologique se fait dorénavant entre puissances militaires ultratechnologiques contre des forces armées ennemies militairement et économiquement affaiblies et aux moyens traditionnels, ou contre des combattants structurés soustraits de toute protection juridique. Dès lors, il convient de souligner certains facteurs comme la force, les moyens et les valeurs idéologiques comme sources d'asymétrie dans la conduite des hostilités. Ainsi, en subordonnant les principes humanitaires aux intérêts nationaux et militaires des belligérants en conflit, il est possible de constater une dilution du concept d'immunité des populations civiles de l'adversaire. Il suffit ici de rappeler que la notion d'«immunité» vise l'interdiction de faire de la population civile l'objet d'attaques dirigées, par quelque moyen et dans quelque but que ce soit. Il s'agit d'une norme juridique intransgressible de par son caractère fondamental, et ayant force obligatoire envers toutes les parties belligérantes²⁵³.

La nature asymétrique des conflits armés de ce siècle impose-t-elle une interprétation contemporaine de l'adjectif «civil» de la notion de «population civile»? La venue des deux juridictions pénales internationales (le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie [TPIY] et le Tribunal pénal international pour le Rwanda [TPIR], en réponse aux atrocités commises dans ces pays) a apporté un nouvel

²⁵⁰ David, «Principes», *supra* note 236, pp. 244-245.

²⁵¹ *Ibid.*, pp. 244-245. Voir la note 4.

²⁵² *Ibid.*, p. 245.

²⁵³ Kalshoven, «Humanitaire», *supra* note 90, p. 381. Vous référer à la note 22.

élargissement à l'adjectif «civil». En effet, concernant la notion de population civile dans le cas de la commission de violations graves du DIH, l'acte incriminant doit être dirigé contre une population civile. Selon le TPIR, dans l'affaire *Akayesu*, la notion de population civile s'entend par:

«les personnes qui ne participent pas directement aux hostilités, y compris les membres des forces armées qui ont déposé les armes et les personnes qui ont été mises hors de combat par maladie, blessure, ou pour toute autre cause. La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personnes civiles ne prive pas cette population de sa qualité»²⁵⁴.

Selon l'interprétation du TPIR de cette notion, l'adjectif «civil» en conjonction avec la notion de «population» doit être interprété au sens large. C'est-à-dire que la présence de certains non-civils n'a aucune incidence sur la condition de «civil» et de population «civile» et de ce fait, ne donne aucun droit à l'un des belligérants d'attaquer cette population. Ce raisonnement juridique du Tribunal emprunte la même interprétation que la disposition de l'article 50 du Protocole I, qui stipule que:

«La présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personnes civiles ne prive pas cette population de sa qualité».

Le TPIY a aussi adopté ce même raisonnement juridique dans l'affaire *Jelusic*. Selon la Chambre de première instance, l'adjectif «civil» devait, tout comme cela l'a été dans l'affaire *Akayesu*, être entendu au sens large. Selon la Chambre qui a exposé le fait que l'article 5 du Statut du TPIY fait référence à une population civile *quelle qu'elle soit*, la référence à une population civile vise à mettre l'accent davantage sur l'aspect collectif des crimes constituant des crimes contre l'humanité que sur le statut des victimes. La Chambre de première instance a donc estimé que la notion de «population civile», telle qu'utilisée à l'article 5 du Statut, englobait, outre les civils

²⁵⁴ TPIR, *Le Procureur c. Jean Paul Akayesu*, Chambre I, Jugement du 2 septembre 1998, par. 582; voir aussi les affaires *Tadic*, Jugement du 7 mai 1997, par. 643-644; *Le Procureur c. Mrksic et consorts* («Vukovar Hospital»), Décision relative à l'examen de l'acte d'accusation en application de l'article 61 du Règlement, 3 avril 1996.

au sens strict, toutes les personnes mises *hors de combat* au moment de la perpétration des crimes²⁵⁵.

2.1.2 La délimitation de la protection

La norme de protection est limitée par un champ d'application. Le but et la portée du DIH depuis 1977 sont entre autres de définir le champ d'application *ratione personae* et l'étendue *ratione materiae* des populations civiles, des combattants, des objets à caractère civil et, récemment, de l'environnement qu'il est censé protéger. La nouvelle stratégie des puissances est une présence aérienne coercitive prolongée et ce, dans une logique de sécurité face à des menaces asymétriques et moins prévisibles dans les zones urbaines. L'utilisation de l'avion, comme outil militaire à des fins de bombardements massifs dans la zone de combat, place particulièrement le principe de distinction hors du cadre de son effectivité réelle. Le principe de distinction constitue la pierre angulaire des deux Protocoles additionnels de 1977 inclus dans les quatre Conventions de Genève de 1949, car ceux-ci imposent de distinguer les objectifs militaires au sol au regard des nouvelles méthodes de combat de la part des belligérants. La logique de la guerre totale, qui impliquait le rejet de toute règle juridique et de tout principe de conduite, tient dorénavant compte de certains principes humanitaires codifiés dans le Protocole I. Ce dernier encadre le droit des conflits armés internationaux et le deuxième des conflits armés non internationaux²⁵⁶. Le Protocole I ne visait pas à encadrer les conflits aériens ou navals, mais plutôt les conflits armés terrestres. Malgré la portée juridique des autres instruments relatifs à la protection de la population civile, c'est plus particulièrement le Protocole I qui ajoutera de façon substantielle pour les non-combattants des mesures protectrices spécifiques contre les effets des bombardements aériens.

²⁵⁵ *Le Procureur c. Goran Jelusic*, Chambre I, Jugement du 14 décembre 1999.

²⁵⁶ Il y a lieu de souligner que les États-Unis n'ont pas ratifié le Protocole I en raison d'une hésitation quant à la notion d'«attaque» dans la disposition de l'article 49 qui fait référence aux opérations défensives.

Il s'avère être un instrument très important du droit des conflits armés. La CIJ, dans l'Avis consultatif du 8 juillet 1996, a fait remarquer que les règles convenues dans le Protocole I n'apportent que des précisions aux principes du droit humanitaire préexistant²⁵⁷. Premièrement, les articles 50 et 51 du Protocole I définissent et prohibent les attaques contre les civils et la population civile. L'article 51 comporte le principe général que les attaques doivent être uniquement dirigées vers des objectifs militaires légitimes: les attaques indiscriminées sont interdites. Quant à l'article 52(2), il énumère les objets de nature militaire pouvant faire l'objet d'une attaque²⁵⁸. Deuxièmement, même si la priorité de l'attaquant est d'affaiblir militairement l'ennemi afin d'obtenir la victoire par tous les moyens possibles, ou la capitulation sans condition des forces ennemies, il reste toutefois que l'attaquant doit respecter certaines lois et coutumes de la guerre. C'est à l'article 49(3) que l'on retrouve une disposition spécifique aux opérations aériennes.

Article 49(3) – Les dispositions de la présente Section s'appliquent à toute opération terrestre, aérienne ou navale pouvant affecter, sur terre, la population civile, les personnes civiles et les biens de caractère civil. Elles s'appliquent en outre à toutes les attaques navales ou aériennes dirigées contre des objectifs sur terre, mais n'affectent pas autrement les règles du droit international applicable dans les conflits armés sur mer ou dans les airs.

Par exemple, l'article 49(4) du Protocole I assure une protection supplémentaire au même titre que d'autres règles prévues par le droit international relativement à la protection des civils et des objets civils en plein air, ou des civils à bord d'un avion civil dans les airs. «Les dispositions de la présente Section complètent les règles relatives à la protection humanitaire énoncée dans la Convention (IV), en particulier au Titre II, et dans les autres accords internationaux qui lient les Hautes Parties contractantes, ainsi que les autres règles du droit international relatives à la protection des civils et des biens de caractère civil contre les effets des hostilités sur terre, sur mer et dans les airs». Les deux écoles de pensée considèrent que le Protocole I

²⁵⁷ CIJ, *Avis consultatif du 8 juillet 1996*, *Recueil 1996*, p. 259, par. 84. Voir Meyrowitz, «Bombardement», *supra* note 198, pp. 1, 68.

²⁵⁸ Henry Shue et David Wippman, «Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions» (2001-2002) 35 *Cornell Int'l L.J.* 559, p. 35.

s'applique pleinement aux bombardements aériens, mais que les règles contenues à la Section I s'appliquent uniquement aux combats air-air²⁵⁹. Le DIH admet que «dans tout conflit armé, le droit des Parties en conflit de choisir des méthodes ou moyens de guerre n'est pas illimité»²⁶⁰. Les dispositions de l'article 48 et 67 de la Section I apportent certaines restrictions aux belligérants dans la conduite des hostilités²⁶¹. Une distinction s'impose quant à l'interprétation à apporter à certains articles pertinents du Protocole I. Une lecture plus restrictive laisse à penser que ce dernier s'applique uniquement aux opérations air-sol. En revanche, une interprétation plus large permet d'affirmer que ces dispositions s'appliquent dans tous les cas d'opérations militaires à partir des airs qui peuvent avoir des effets au niveau terrestre. Cependant, les bombardements, qu'ils soient aériens, terrestres ou navals, se verront appliquer les mêmes règles juridiques par analogie.

Malgré tous les conflits ayant figuré en toile de fond du XXe siècle, ce n'est qu'en 1977 que le principe de distinction sera codifié aux articles 48, 51(2) et 52(2) au sein du Protocole I, pour lequel aucune réserve n'a été faite par les États contractants. Le Protocole I prévoit l'obligation, pour les commandants, de distinguer l'objectif militaire lors de toute attaque au sol²⁶². Selon l'article 49 du Protocole I, l'expression «attaques» s'entend des actes de violence contre l'adversaire, que ces actes soient offensifs ou défensifs²⁶³. La délégation du Mexique a pour sa part indiqué que les articles 51 et 52 sont essentiels et ne peuvent être sujets à des réserves au risque que le Protocole soit vidé de son esprit et de sa finalité²⁶⁴. De nombreuses instances nationales considéraient comme un crime de guerre le fait d'attaquer directement des civils, même avant l'élaboration des deux Protocoles. En 1969, dans l'affaire *Kassem*, un tribunal militaire israélien siégeant à Ramallah a reconnu

²⁵⁹ Ronzitti, «Codification», *supra* note 104, p. 11.

²⁶⁰ Art. 35(1) du Protocole I; particulièrement reconnu comme un principe de droit coutumier.

²⁶¹ William Hays Parks, «The protection of Civilian from Air Warfare» (1997) 27 IYHR, 111.

²⁶² Article 49 du Protocole I.

²⁶³ Michael Bothe, «New Rules for Victims of Armed Conflict» (1982), p. 286; Parks, «Air Law» *supra* note 202, pp. 14-15.

²⁶⁴ Henckaerts et Doswald-Beck, «Humanitaire», *supra* note 209. Voir la note 5 – Statement at the Diplomatic Conference Leading to the Adoption of the Additional Protocols.

l'immunité des civils comme règle fondamentale du DIH²⁶⁵. Le principe de la distinction est reconnu et respecté tant par les parties contractantes que par les parties non contractantes au Protocole²⁶⁶. Il constitue une règle impérative. Les belligérants ont l'obligation de faire la distinction entre la population civile et les combattants d'une part, et entre les objets à caractère civil et les objectifs militaires d'autre part. Selon l'article 50(1) du Protocole I, relatif à la définition de «civil» au sens de l'article 4(a) (1), (2), (3) et (6) de la troisième Convention de Genève de 1949, si la cible est une personne civile, en aucun moment elle ne peut être considérée comme un objectif militaire et, de surcroît, être intentionnellement attaquée et ce, même par des représailles, tel qu'il est stipulé aux articles 51(2), (6) et 52(1) du Protocole I. Une contravention à ces dispositions est considérée comme une attaque indiscriminée et donc interdite en vertu de l'article 51(4).

Le principe de distinction est maintenant bien établi, et le bombardement aérien n'y fait pas exception, quel que soit le caractère du conflit; seuls des objectifs militaires légitimes peuvent être pris pour cibles. Les attaques aériennes sont aussi ordonnées autour de deux notions fondamentales: celle de l'objectif militaire qui seul peut être pris pour cible, et celle des moyens de nuire à l'ennemi²⁶⁷. Le phénomène grandissant est l'attaque de cibles controversées en raison de leur destination ou de leur utilisation, ou encore de biens à caractère civil indispensables à la survie de la population civile. Quelle est la portée de la définition d'objectif militaire²⁶⁸ dans le cadre des opérations de bombardements (militaires, ou sous le chapeau d'interventions humanitaires)? Pour ce faire, la qualité de l'objectif doit passer par une sélection et une série de tests juridiques afin d'être reconnue comme telle.

²⁶⁵ Israël, «Tribunal militaire siégeant à Ramallah». Affaire *Procureur militaire c. Omar Mahmud Kassem et autres*, (1971) 42 Int'l L. Rep. 470, p. 3.

²⁶⁶ *Military Prosecutor vs. Omar Mahmud Kassem et al.* File n° 4/69 Military Ct., Ramallah, April 13th, 1969.

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 66.

²⁶⁸ Le mot «objectif» est défini par le dictionnaire Robert comme étant un «point contre lequel est dirigée une opération stratégique ou tactique; par extension: [le] résultat qu'on se propose d'atteindre par une opération militaire». Dictionnaire Petit Robert, Tome 4, p. 684; La traduction anglaise «objective» est une abréviation de l'expression «*objective point*» et l'Oxford Dictionary le définit comme suit: «The point towards which the advance of troops is directed; hence, gen., the point aimed at». Voir The Oxford English Dictionary, p. 17.

2.2 La définition

La difficulté de bien circonscrire une définition claire de la notion d'objectif militaire remonte à l'origine à l'adoption de la Convention de La Haye de 1907. Il importe de mentionner qu'en 1907, les principes étaient clairement subordonnés aux intérêts politiques et militaires. Le tout se traduisait par une logique de guerre totale où la finalité justifiait les moyens. Mais alors, il faut se référer aux normes conventionnelles afin de bien cerner tant la notion que la définition. Tout d'abord, l'esprit de la Convention de La Haye de 1907 est d'apporter un peu d'humanité dans la conduite des hostilités tout en exigeant des belligérants en conflit le respect des lois et des coutumes de la guerre. Ainsi, le principe de la distinction entre objectifs militaires et objets civils sera formellement accepté et reconnu par la majorité des États ou explicitement admis comme faisant partie du droit international coutumier. Ce principe n'est pas seulement consigné dans les Conventions de La Haye de 1907. Il a été repris dans la Convention de Genève de 1949 sur le sort des blessés, malades et prisonniers de guerre. Le DIH, en réponse aux massacres de la Deuxième Guerre mondiale, codifie ce principe dans les deux Protocoles additionnels de 1977. Par exemple, il est interdit d'attaquer *par quelque moyen que ce soit*, des localités ou bâtiments *qui ne sont pas défendus*. La seconde distinction repose sur les mesures nécessaires devant être prises pour épargner les édifices consacrés aux cultes, aux arts ou à la bienfaisance, à condition qu'ils ne soient pas employés en même temps à *un but militaire*. Initialement, ces termes ont été conçus de façon trop générale pour assurer la protection efficace des éléments qui s'en trouvaient exclus. Or, la Convention de La Haye de 1907 ne donne de l'objectif militaire qu'une définition indirecte. Cependant, la révolution technologique et le développement économique des cinquante dernières années ont eu un impact direct sur la définition et l'aspect intrinsèque de ce qu'est un objectif militaire dans les conflits armés contemporains.

Dès 1956, le CICR dressa une liste non exhaustive de certains objectifs militaires. En 1977, une définition classique du concept d'objectifs militaires sera

codifiée à l'article 52 du Protocole I²⁶⁹. Cependant, toute attaque d'un objectif militaire doit passer par un test juridique comportant deux étapes. Ainsi, le droit applicable quant au choix de la cible passe par la sélection des objectifs et le choix du mode de traitement par une analyse stricte de la proportionnalité, déterminant si l'attaque peut être poursuivie. Premièrement, selon le principe de distinction, il faut établir si cette cible correspond à la définition de l'objectif militaire au sens de la disposition de l'article 52(2) du Protocole I. Deuxièmement, il est du ressort de l'attaquant, avant même de mener l'attaque, de s'enquérir des règles sous-jacentes aux principes de la précaution, du plus petit dommage et de la proportionnalité. Pour ce faire, le commandant se doit de traiter certaines informations, à savoir *quand*, *comment* et [s'il] est approprié d'attaquer la cible clairement identifiée. Mais depuis 1991, les États-Unis, particulièrement, développent leur propre doctrine de ce qu'ils considèrent être des objectifs militaires contribuant à l'effort de guerre. Initialement, la définition d'objectif militaire tire initialement sa source du droit international coutumier. Elle repose sur plusieurs travaux de définition antérieurs à la rédaction du Protocole I actuel. L'une des définitions les plus pertinentes est certes celle de la Déclaration de Saint-Petersbourg de 1868, selon laquelle:

«le seul but légitime que les États doivent se proposer durant la guerre est l'affaiblissement des forces militaires de l'ennemi; [...] à cet effet, l'objectif militaire est de mettre hors de combat le plus grand nombre de combattants associés aux forces armées».

En ce qui concerne la définition par énumération, le CICR a opté pour une solution mixte par l'élaboration, dans son projet d'article 47, d'une protection générale des biens à caractère civil:

- 1) Les attaques seront strictement limitées aux objectifs militaires, à savoir ceux qui, par leur nature même, leur destination ou leur utilisation, présentent un intérêt militaire généralement reconnu et dont la destruction totale ou partielle offre en l'occurrence un avantage militaire direct et substantiel;
- 2) En conséquence, les biens destinés à la population civile, tels que maisons, habitations, installations ou moyens de transport ainsi que tous les biens qui ne sont

²⁶⁹ Sandoz et *al.*, «Genève», *supra* note 162, pp. 27-46.

pas des objectifs militaires ne seront pas l'objet d'attaques, sauf quand ils sont utilisés principalement à l'appui de l'effort militaire.

En 1977, la définition d'objectif militaire sera finalement codifiée à l'article 52(2) du Protocole I, par un mode d'énumération non exhaustif, mais où l'on retrouvera les objets spécifiques constituant des objectifs militaires. À ce niveau, il faut retenir deux éléments pertinents de la définition soit: a) la nature, l'emplacement, la destination, l'utilisation, qui apporte une contribution effective à l'action militaire, et b) la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation, qui apportent en l'occurrence un avantage militaire précis. Sur la base de ce qui précède, on impose au commandant de l'attaque un test à deux niveaux, soit:

- 1) d'identifier la nature de la cible contribuant à l'effort de guerre de la force ennemie et;
- 2) de prendre les précautions nécessaires pour que l'attaque de cette cible ne cause pas des effets inutiles à la population civile.

À raison d'une réponse négative à l'un ou l'autre de ces éléments, la cible ne peut être qualifiée de légitime, et l'attaque ne doit pas avoir lieu. Une critique à l'égard de l'article 52(2) est l'interprétation libérale que l'on peut en faire. Il importe de comprendre l'évolution historique menant aux consensus entre les États en faveur de l'adoption d'un cadre juridique propre à une définition du principe de distinction. En remontant dans l'histoire lors des travaux menant à l'adoption du Protocole I, les plénipotentiaires ont convenu que l'interprétation qu'ils apporteraient à la notion d'«avantage militaire» est l'«avantage attendu de l'ensemble de l'attaque» et non d'une «partie isolée ou particulière de l'attaque». Ce choix de certains États ne fait pas l'unanimité sur le concept d'«ensemble de l'attaque». Une telle conception risquerait de minimiser tant le concept lui-même que les obligations juridiques qui en découlent. Premièrement, nous devons affirmer que cette définition de 1977 n'est pas sans faille et ce, à plusieurs niveaux²⁷⁰. À première vue, la notion d'objectif militaire

²⁷⁰ Ronzitti, «Codification», *supra* note 104, p. 539. F. Hampson, «Means and Methods of Warfare in the Conflict in the Gulf», dans *The Gulf War 1990-91*, dans (1993) *International and English Law*, p. 100.

semble reposer sur des critères précis et dépendre de son caractère intrinsèque et de son emplacement. C'est-à-dire que des chars d'assaut, des avions de combat et des centres de munition sont par nature définis comme des objectifs militaires clairs. Cependant, des biens inoffensifs comme des maisons ou des digues peuvent constituer une contribution effective à l'action militaire de l'ennemi ou simplement, de par leur localisation, revêtir une importance sur le plan militaire et être la cible d'une attaque²⁷¹. Dans un deuxième temps, l'expression «en l'occurrence» (ou plus précisément dans sa version anglaise «*in the circumstances ruling at the time*») donne au commandant une latitude dans le temps, car ce qu'il peut considérer être un objectif militaire aujourd'hui peut ne plus l'être demain. Cet état de fait a suscité des critiques dès l'année suivant l'adoption de l'article 52(2):

«This element in the definition precludes military commanders from relying exclusively on abstract categorizations in the determination of whether specific objects constitute military objectives (a bridge is a "military objective"; "an object located in the zone of combat is a military objective", etc.). Instead, they will have to determine whether, say, the destruction of a particular bridge, which would have been militarily important yesterday, does, in the circumstances ruling today, still offer a "definite military advantage"; if not, the bridge no longer constitutes a military objective and, thus, may not be destroyed»²⁷².

Pour ce faire, il faut se référer aux dispositions de l'article 52(3) du Protocole I qui est en fait une innovation juridique, non reconnue comme faisant partie du droit international coutumier. Par conséquent, elle ne lie pas les États qui n'ont pas ratifié le Protocole I. Cette disposition reconnaît qu'en cas de doute, un bien, qui est normalement affecté à un usage civil comme un lieu de culte, une maison, un autre type d'habitation ou une école, est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire. Cette disposition repose sur un jeu de présomption des objets normalement utilisés exclusivement à l'usage de la population

²⁷¹ Christopher Greenwood, *The Law of War (International Humanitarian Law)*. Oxford University Press (Oxford, UK). 2003 [Greenwood, «Humanitarian»].

²⁷² *Ibid.*

civile. Cet article est pertinent, car il exclut très clairement les biens à usage double tant chez les forces militaires que chez la population civile²⁷³.

Dans la pratique des conflits armés contemporains, bien que les commandants tentent de prévenir les dommages collatéraux dans la population civile et pour les biens à caractère civil, la sélection des cibles et le choix du mode de traitement ne correspondent plus à la conception classique²⁷⁴. De la conception classique du droit des gens (*jus cogens*), l'objectif militaire est l'objet ou l'édifice qu'utilisent les troupes combattantes dans leur action de guerre. Cette conception repose sur l'idée de protection de tout ce qui ne participe pas aux hostilités armées: personnes, matériels et bâtiments²⁷⁵. C'est ainsi que l'article 25 de l'Annexe à la IV^e Convention de La Haye interdit d'attaquer ou de bombarder, *par quelque moyen que ce soit*, des villes, villages, habitations ou bâtiments *qui ne sont pas défendus*. Cependant, en 1977, le Protocole I donne une définition générale des biens de caractère civil suivi de l'énumération de certaines catégories de biens qui reflètent la politique militaire de l'époque. Par conséquent, plusieurs facteurs viennent modifier cet ordre de valeur, voire rendre plus difficile le maintien de la distinction entre les objectifs militaires, les objets à caractère civil, les biens titulaires d'une protection spéciale et les biens qui par nature ont une double fonctionnalité. De nos jours, les infrastructures et les installations destinées à la fabrication, au transport et à la transformation des éléments nécessaires à l'effort de guerre requièrent davantage de personnes civiles participant de près ou de loin à cet effort. Une situation qui élargit considérablement les possibilités de destruction par les forces ennemies. En principe, une interprétation

²⁷³ *Ibid.*

²⁷⁴ Anthony P.V. Rogers, «Zero-casualty warfare», IRRC. n° 837, p. 165. Voir la note de bas de page 1 à 3 «*The targets were exclusively military – every effort was made to avoid collateral damage – planes only fire at targets when we are confident that we can strike accurately – some aircraft in the first operation returned without dropping ordnance. Targets are carefully selected and continuously assessed to avoid collateral damage*».

²⁷⁵ Karl W. Eikenberry, «Take No Casualties», (1996) Parameters 26, n° 2, summer, p. 113 [Eikenberry, «Casualties»].

traditionnelle du Protocole I permet légitimement d'attaquer des objectifs militaires tant que cette nécessité d'action procure un avantage militaire²⁷⁶.

2.2.1 Le critère matériel

Il existe quelques facteurs de difficulté pour définir le caractère civil d'un bien lors d'un conflit armé international ou non. C'est un problème qui a été soulevé en 1972 lors de la réunion de la Conférence des experts gouvernementaux. Initialement (en 1972), les objectifs militaires étaient définis en raison de leur nature et de leur contribution effective et directe à l'effort de guerre de l'adversaire. À l'époque, c'est sur la base de ce *critère matériel* que l'on pouvait définir les biens civils et les objectifs militaires par nature. L'ampleur de la difficulté de clairement définir les biens à caractère civil, que ce soit par énumération ou par présomption, a ouvert la porte, voire encourager, des attaques injustifiées sur les biens jouissant d'une double fonction: pour usage civil, mais pouvant aussi bien servir à renforcer l'effort militaire de l'adversaire.

C'est dans le jeu de l'article 52(2) du Protocole I que sont énoncées les caractéristiques servant à évaluer si l'objet satisfait certains critères quant à *sa nature*, *sa location*, *sa finalité* et *son usage*. Le second test est quelque peu abstrait et nullement énoncé au Protocole I, mais il n'en est pas moins important. Considérant que les nouveaux conflits sont d'envergure multinationale, il importe de distinguer à qui profite l'avantage militaire de *la destruction*, de *la capture* et de *la neutralisation* de l'objectif militaire. Dans un tel cas, l'élargissement de l'interprétation de l'article 52(2) du Protocole I laisse présumer que l'avantage militaire profite a priori à l'alliance militaire la plus puissante, bien que les contingents soient de nationalités diverses, mais pas de force égale. Cependant, ils ont une finalité commune et sont militairement engagés dans des opérations intégrées.

²⁷⁶ *Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux* (Protocole II), 8 juin 1977. Aussi voir Greenwood, *supra* note 269.

2.2.2 Le critère immatériel

En DIH, les objectifs militaires immatériels, notionnels ou *lege lata* peuvent constituer un but ou une finalité dans le cadre de l'ensemble de l'attaque. Cependant, selon l'interprétation classique que l'on peut donner à l'article 52(2) du Protocole I, seules les cibles matérielles peuvent faire l'objet d'une attaque. Dans les récents conflits, l'attaque de cibles immatérielles accroissait la difficulté à faire la distinction entre l'avantage militaire d'attaquer ces objectifs et la justification du choix de la cible. En ce qui concerne les bombardements stratégiques, la doctrine américaine les reconnaît comme un moyen légitime d'affecter le moral et l'esprit de résistance de la population et des troupes de l'adversaire, l'attaque de cibles notionnelles rencontrant le concept d'*enemy's war-fighting or war-sustaining capability for military action*. Cette stratégie opérationnelle dans l'attaque vise à accélérer la conduite des hostilités et à fragiliser l'esprit des troupes:

«Strategic operations are designed to achieve their objectives without first having to necessarily engage the adversary's fielded military forces in extended operations at the operational and tactical levels of war [...]. Strategic attack objectives often include producing effects to demoralize the enemy's leadership, military forces, and population, thus affecting an adversary's capability to continue the conflict. Air Force doctrine clearly recognizes and allows for the attainment of advantages beyond simple tactical military advantages on the battlefield. It provides for choosing targets that also affect the enemy's will and morale, both of their military forces and their civilian population. Air Force targeting directives acknowledge the same concepts»²⁷⁷.

Les attaques portées contre la volonté politique ou le moral de la population ne sont pas légitimes si elles ne procurent pas un avantage militaire ou ne répondent pas à une nécessité militaire. Cependant, dans les derniers conflits, des belligérants ont directement attaqué des biens nécessaires à la population civile comme des installations de radio et de télévision, des centrales électriques, des centres économiques et des édifices gouvernementaux. L'argument le plus souvent avancé est

²⁷⁷ Air Force Doctrine Document I: Air Force Basic Doctrine [AFDD-1] 51 (1997). Voir Jeannie M Meyer, «Tearing down the facade: a critical look at the current law on targeting the will of the enemy and Air Force doctrine» (2001) Air Force Law Review, Printemps.

que l'attaque est présumée conforme aux termes de l'article 52(2) du Protocole I et que l'avantage militaire retiré est *symbolique* et *psychologiquement lucratif*. Par conséquent, l'attaque doit répondre au critère d'un lien causal entre l'action militaire et l'effectivité, et l'avantage militaire recherché aux termes de la disposition de l'article 52(2) du Protocole I.

2.2.3 La règle de la présomption

Certains biens jouissent d'une protection spéciale. Ils sont au nombre de trois, à savoir les biens indispensables à la survie de la population, les ouvrages et installations contenant des forces dangereuses²⁷⁸ ainsi que le patrimoine culturel et naturel. Ainsi, là où persiste un doute sur le caractère civil d'un objectif militaire, le Protocole I prévoit un jeu de présomptions favorable à la population civile. C'est-à-dire que lorsqu'un bien est normalement affecté à un usage civil, il est présumé ne pas être utilisé en vue d'apporter une contribution effective à l'action militaire. De plus, le DIH assure une protection aux biens indispensables à la survie et nécessaires à la vie quotidienne des personnes ne participant pas aux hostilités comme les biens culturels et spirituels, les animaux et l'environnement. La protection du DIH est à effet variable. Tout dépend de la nature du conflit. Elle n'est pas la même dans le cas d'un conflit interne. Dans ce dernier cas, il faut se fier au Protocole II. La Convention de La Haye de 1954 assure, quant à elle, une protection toute spéciale aux biens culturels. Or, depuis 1977, il faut reconnaître que le DIH avec cet objet *rationae materiae* a certes fait des progrès.

Nous concluons cette section sur des éléments factuels propres à l'opérationnalité de la guerre. Nous avons pu faire le constat, particulièrement lors de l'intervention «humanitaire» au Kosovo, que les forces de l'OTAN ont bombardé des biens à caractère civil dont la nature, l'emplacement, la destination et l'utilisation semblaient avoir apporté une contribution effective à l'action militaire de

²⁷⁸ *Affaire des activités armées sur le territoire du Congo. Affaire des activités armées sur le territoire du Congo*, Requête introductive d'instance de la République démocratique du Congo du 23 juin 1999, CIJ <http://www.icj-cij.org>.

l'adversaire²⁷⁹. Bien que le Protocole I donne une définition générale des biens à caractère civil, la définition d'objectifs militaires doit répondre à trois éléments cumulatifs, à savoir premièrement la nature, l'emplacement, la destination et l'utilisation, deuxièmement un intérêt militaire effectif, et finalement l'avantage militaire précis en ce qui concerne la destruction. Cependant, les conflits contemporains ont élargi le champ d'application, compte tenu de la nature des conflits et de l'interprétation que certains belligérants font des objectifs militaires. Ce fut le cas lors des opérations *Desert Storm*, *Deliberate Force*, *Allied Force*, *Enduring Freedom* et *Iraqi Freedom*. Nous avons pu constater, par exemple, des désaccords entre les forces européennes et américaines quant au choix et à la légitimité des objectifs militaires à bombarder²⁸⁰.

Fort de la guerre au Kosovo, mais sans négliger pour autant les pertes humaines et dommages incidents non recherchés (que ce soit dans la guerre tchétchène, au Sud du Liban ou autrement dans la guerre contre le terrorisme en Afghanistan, au Pakistan et en Irak), les milieux politiques et militaires s'estiment s'être suffisamment acquittés envers le droit des conflits armés en se rapportant à l'expression «les attaques doivent autant que possible épargner les populations civiles» telle qu'on la retrouve au premier Protocole²⁸¹. En réponse, Jacques Verhaegen répond que cette position remet *ipso facto* en question la prévalence du droit des conflits armés sur les nécessités militaires²⁸². Nonobstant cette prévalence, rien n'empêche de prévenir cette présumée

²⁷⁹ Eikenberry, «Casualties», *supra* note 275, pp. 192-193.

²⁸⁰ Par moments, les forces anglaises, françaises et italiennes, doutant de leur légalité, refusaient de participer à certaines attaques effectuées par les Américains. L'approche américaine a parfois entraîné des reports d'attaques à cause des désaccords internes entre les forces militaires de l'OTAN. On constate clairement que, autant sur le champ de bataille qu'au centre des opérations du haut commandement, la délimitation des biens à caractère civil et des objectifs militaires à attaquer peut être difficile.

²⁸¹ Verhaegen, «Nuremberg», *supra* note 199, p. 185.

²⁸² Le professeur Verhaegen précise à la note de bas de page que « la prévalence absolue des dispositions du droit international humanitaire sur les nécessités militaires, sauf exceptions expressément prévues dans le texte (par exemple en matière de destructions de biens), est rappelée notamment par la Commission du droit international (ann. CDI, 1980, II, 2e partie, p. 45) et par le Commentaire des Protocoles (*op.cit.*, p. 395): « il ne peut être dérogé à une règle du droit des conflits armés en invoquant la nécessité militaire que lorsqu'une telle possibilité est expressément prévue par la règle en question ». Voir la Convention de Vienne relative au droit des traités (art. 53

«fatalité» de la guerre en réaffirmant les obligations spécifiques et les responsabilités qui y en découlent.

En considérant le problème pénal des pertes civiles collatérales ou incidentes et la nécessité de prouver que l'acte ait été commis avec une intention criminelle, le Statut de Rome offre la possibilité, sous le principe de la responsabilité individuelle pénale du supérieur hiérarchique, de traduire en justice toute personne commettant directement ou indirectement une infraction grave. Dans le prochain et dernier chapitre, nous analyserons le rôle de la CPI dans la perspective des dommages collatéraux aériens.

2.2.4 La sélection et le choix

Il y persiste une ambiguïté dans la sélection et le choix des objectifs militaires contemporains. Dans les récents conflits armés, la pratique des États dénote une violation des règles fondamentales des principes de distinction, de proportionnalité et de précaution lors des attaques aériennes. Les pratiques «douteuses» sont des méthodes de combat qui consistent en des frappes chirurgicales à très haute altitude ou de nuit sur des objectifs militaires controversés indispensables à la survie quotidienne de la population ou bénéficiant de protection spéciale selon les dispositions enchâssées au Protocole I²⁸³. Dans l'évolution de la campagne Opération Allied Forces de l'OTAN, c'était la confusion. De là a surgi l'importance de mettre en œuvre une réglementation applicable à la protection générale contre les effets des bombardements aériens.

Le jeu de l'article 52(2) du Protocole I impose à celui qui attaque de satisfaire à deux tests. Dans le premier, concernant le bien pris pour cible, il s'agit d'apporter une contribution effective à l'action militaire de l'ennemi. Dans le second, concernant le

et 60-65) et l'article 5(1) de la loi belge du 16 juin 1993 relative à la répression des crimes de guerre. *Ibid.*

²⁸³ L'opinion générale n'est pas unanime. Elle tente de parvenir à un accord général sur la définition des objectifs militaires visés du haut des airs et constituant des objectifs militaires légitimes. Entre la doctrine américaine et les standards internationaux, la définition d'objectifs militaires légitimes varie selon le cadre de la mission et les intérêts en jeu.

bien, outre sa contribution effective, il doit offrir un avantage militaire précis à l'attaquant. La position américaine est très claire au sujet du Protocole I et de cette disposition. Quoique les États-Unis n'aient pas ratifié le Protocole I, ils le reconnaissent comme faisant partie du droit international coutumier. Disséminé dans presque tous les manuels militaires des forces armées de nombreux États, le principe de distinction est reconnu comme étant du droit coutumier. Ainsi, l'attaque est au préalable soumise au *principe de discrimination* de la cible, que ce soit par son caractère *civil* ou *militaire*²⁸⁴.

2.3 L'article 52(2) du Protocole I

Dans la pratique de la guerre, les bombardements aériens procurent un avantage stratégique qui risque difficilement de rencontrer l'interprétation stricte et les exigences de l'article 52(2) du Protocole I. Cela entraîne une interprétation incohérente des juristes et des militaires sur le droit et la pratique de la guerre. Dans les guerres de haute intensité, les belligérants semblent établir une grande distinction entre les avantages stratégiques et les avantages militaires. Au cas par cas, le précédent semble nettement pris en considération par rapport au dernier. La logique de la guerre, nous ne devons pas l'oublier, est l'imposition de sa volonté par la violence afin d'obtenir soit la victoire, soit une capitulation sans résistance ou sans condition. Comme nous le verrons à la fin de ce mémoire, l'environnement d'impunité des belligérants dans les conflits armés n'impose aucune pression à ces derniers pour changer les moyens et les méthodes de guerre dans l'attaque d'objectifs civils ne procurant aucun avantage militaire dans l'immédiat. Par exemple, la justification de l'«effet futur» est irrecevable en la matière. Les attaques aériennes sur des cibles comme des ponts et des lignes ferroviaires dans le Pas de Calais au printemps de 1944 n'auraient pas été permises au sens du Protocole I. Ces attaques n'ont procuré qu'un avantage militaire très limité dans l'immédiat. Elles ne visaient qu'un effet futur. Elles n'étaient donc qu'une façon d'informer les Allemands du lieu

²⁸⁴ Svein Sjöberg, *The Evolution of the French Special Forces: Experiences from the Past, Adapted for the Future*. Swedish Defense Research Agency, juin 2004.

de l'invasion des forces alliées, ce qui en fait n'était qu'une diversion pour que celles-ci redéployent leurs forces loin de la Normandie. Sur le plan tactique, l'attaque a semblé ne procurer aucun avantage militaire. Toutefois, sur le plan stratégique, l'attaque a offert un avantage tactique ayant permis aux forces soviétiques d'entrer par l'Est de l'Allemagne, ce qui a renforcé leur position par l'attaque de lignes de communication et ainsi facilité la fin de la guerre²⁸⁵.

Les bombardements aériens répondent à des avantages tactiques dans l'art de faire la guerre, mais aussi à des fins stratégiques visant directement des avantages psychologiques sur le moral des troupes et de la population civile ennemies. Le principal objectif dans les guerres où les premières attaques sont menées par l'aviation vise à limiter dès les premières heures la capacité de l'ennemi à poursuivre son offensive et à continuer la guerre. Un objet, non tangible cette fois, est d'attaquer la force morale et le désir de résistance dans l'esprit de l'adversaire. En fait, et jusqu'à la rédaction de l'article 52(2) du Protocole I, en 1977, les États jugeaient que le recours à la force était légitime dans la guerre aérienne. Une interprétation stricte de cet article requiert de celui qui attaque d'inscrire l'ensemble de ses cibles dans un cadre juridique précis et limité. Ces cibles doivent d'une part être pour l'ennemi un objectif qui contribue aux efforts de guerre, et d'autre part procurer un avantage militaire à l'attaquant.

Il ressort des campagnes de bombardements aériens menées au Kosovo, en Irak et en Afghanistan, que les planificateurs américains et alliés limitent l'interprétation classique de l'article 52(2) du Protocole I: un exercice mental visant à ne pas donner une plus grande valeur normative à l'article qui risque à l'avenir d'ouvrir la porte à certaines limitations dans l'utilisation de moyens et de méthodes d'attaque lors d'opérations aériennes. Cela dit, la pratique des États est d'interpréter l'article 52(2) du Protocole I en référence à la pratique bien antérieure à 1977, selon le droit international coutumier²⁸⁶, ce qui leur permet la destruction d'objectifs militaires au-delà de ceux prescrits par le Protocole I. Ainsi, les guerres contemporaines ont

²⁸⁵ William Hays Parks, «Conventional Aerial Bombing and the Law of War», dans *Proceedings* (1982) *Naval Review* 98, p. 114.

²⁸⁶ Henckaerts et Doswald-Beck, «Humanitaire», *supra* note 209, pp. 183-184.

démontré que l'attaque des objectifs militaires protégeant les forces de l'ennemi n'est plus une priorité stratégique de l'attaquant; c'est du moins une caractéristique de l'expression de la force qu'exploite la doctrine des États-Unis dans la majeure partie de ces conflits postwestphaliens depuis l'opération *Desert Storm*²⁸⁷.

SECTION 3

LES CRIMES DE GUERRE AÉRIENNE EN DROIT INTERNATIONAL PÉNAL

C'est durant la guerre du Vietnam que l'on a pour la première fois utilisé l'expression «dommage collatéral» pour faire référence aux crimes de guerre issus d'une opération offensive militaire. Cette expression servira principalement à désigner les tirs amis ou les destructions des installations civiles et leurs victimes. Durant les conflits armés contemporains, comme les bombardements des forces de l'OTAN au Kosovo, la crise israélo-libanaise, les invasions américaines en Irak et en Afghanistan, cette notion définit les dommages «accidentels» causés par des bombardements massifs sans interruption. Dans un cadre général, on dénote une croissance des attaques contre des infrastructures civiles comme des centrales électriques, des médias de communication, des sources et conduits d'eau potable. Ces attaques aériennes constituent des violations des droits humains des populations civiles.

3.1 Le principe de l'immunité

Les articles 51(2) du Protocole I et 13 du Protocol II posent le principe d'immunité des civils et de leurs biens. En aucun moment, un belligérant ne peut justifier des attaques indiscriminées ou des attaques visant volontairement des civils ou des biens civils et ce, même si telle attaque procurerait un avantage militaire. En aucun cas, la nécessité militaire ne peut justifier le ciblage direct des civils et de leurs biens²⁸⁸. Par ailleurs, une attaque contre des objectifs militaires peut avoir des résultats néfastes pour les civils²⁸⁹.

Ainsi, le fait de tolérer que des pertes civiles soient considérées faire partie des aléas de la guerre et ce, avec les instruments juridiques que possède la communauté

²⁸⁷ Phillip S. Meilinger, «Paths of heaven: The Evolution of Airpower Theory. United States», 1997, pp. 41-42.

²⁸⁸ *Le Procureur c. Stanislav Galic*, Jugement, 5 décembre 2003, affaire IT-98-29, note 76, par. 44.

²⁸⁹ Verhaegan «Nuremberg», *supra* note 199, p. 185, 187.

internationale, a pour conséquence dans le temps de causer certains problèmes d'ordre pénal, car cela permettrait à certains belligérants d'échapper à la sanction. Certaines expressions ambiguës (comme «autant que possible» du Protocole I) peuvent s'interpréter de deux manières tout à fait légitimes l'une et l'autre. Selon Verhaegan, «autant que possible» pourrait signifier «autant que le permettent les possibilités de prévoir et de prévenir», mais aussi «autant que le permettent les nécessités militaires». Pour ce dernier, «la première correspond à un principe incontestable du droit pénal, implicitement compris dans tous interdit: *nulla poena sine culpa*. Il va de soi que si les pertes civiles sont le résultat d'un concours tragique de circonstances, d'un malheur qui, compte tenu des circonstances de l'espèce, ne peut être imputé ni à une négligence coupable ni au manque de prévoyance de l'argent ou de son commanditaire, ces conséquences, si dramatiques soient-elles, ne relèvent pas du droit pénal. En revanche, soutenir que la population civile ne devrait être épargnée qu'"autant que le permettent les nécessités militaires" remet *ipso facto* en question la prévalence du droit des conflits armés sur les nécessités militaires, prévalence, faut-il le rappeler, qui constitue le principe fondateur de tout le DIH». L'expression «en sachant que cette attaque causera» limite en effet singulièrement l'incrimination aux seules pertes certaines, à l'exclusion des pertes qui ne seraient pas prévisibles ou probables. Les dommages collatéraux résultant incidemment de telles attaques peuvent être justifiés par la nécessité militaire s'ils ne sont pas excessifs. De prime abord, cela constitue une exception au principe de la protection de la population civile. En effet, la distinction entre les dommages collatéraux acceptables et excessifs est établie à l'aide du principe de proportionnalité.²⁹⁰

Un objectif militaire peut s'identifier en deux ordres: humains et matériels. Dans le cas de ce mémoire, on se réfère à des «pertes civiles» pour les pertes humaines, les dommages à des biens à caractère civil, ou une combinaison des deux. La définition en droit international de l'«objectif militaire» est codifiée à l'article

²⁹⁰ Mihaela Ailincăi, «La justification, devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, des pertes civiles ou de la destruction de biens civils par l'argument de nécessité militaire». Société française pour le droit international. Colloque de Grenoble, «La nécessité en droit international». Paris, 2007, pp. 338-339 [Ailincăi, «Justification»].

52(2) du Protocole I comme tous les biens «qui, par leur nature, leur emplacement, leur destination ou leur utilisation apportent une contribution effective à l'action militaire et dont la destruction totale ou partielle, la capture ou la neutralisation offre en l'occurrence un avantage militaire précis». Cette définition est aussi celle reconnue par le droit international coutumier. En droit international conventionnel, la définition de la notion de «dommage collatéral» et le concept de «proportionnalité» (dans lequel figurent les dommages collatéraux) se trouve aux articles 51(5) (b), 57 (2) (a) (iii) et 57 (2) (b) du Protocole I. Le principe de proportionnalité ne permet pas des attaques délibérées contre des civils. Ce concept est l'une des premières illustrations sous-jacentes au droit des conflits armés. C'est-à-dire que la proportionnalité dans l'usage de la force pose la balance entre la nécessité militaire et le principe d'humanité dans la recherche de l'«avantage militaire»²⁹¹. Ainsi, le caractère flexible de cette notion laisse au commandant de l'air une part d'appréciation importante²⁹². Par contre, le débat juridique tourne autour du critère de la personne raisonnable. Cependant, on ne peut laisser une grande marge d'appréciation au commandant de l'air.

Par exemple, dans l'affaire *List et autres* (procès des otages) devant le tribunal militaire américain à Nuremberg (TMA), il a été considéré qu'il revenait de déterminer si l'accusé avait raisonnablement pu conclure que l'attaque était justifiée par la nécessité militaire, et non si celle-ci existait véritablement²⁹³. Quant aux procès devant le TPIY, les juges sont allés davantage plus loin dans l'appréciation raisonnable de l'accusé. Cependant, il faut le souligner, entre la chambre de première instance et la chambre d'appel, la première chambre effectue un contrôle plus strict de la notion de nécessité militaire. Quant à la seconde chambre, elle adopte une interprétation plus large du concept. En résumé, le juge détermine d'abord si l'attaque considérée visait un objectif militaire, et ensuite si elle était proportionnée. En matière de règles internationales, sur la base des articles 57 et 58, mais aussi de toutes les règles du *jus in bello*, les juges ont plus tendance à interpréter de manière à limiter le

²⁹¹ Rogers, «Battlefield», *supra* note 149, p. 14.

²⁹² Ailincal, «Justification», *supra* note 290, p. 339.

²⁹³ *États-Unis c. List et autres*, dans *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1948, case n° 215, 649.

plus possible le pouvoir discrétionnaire d'attaquer des belligérants et à renforcer, par là même, la protection accordée aux civils. Donc, on tend à limiter la marge d'appréciation du commandant militaire. Tout comme l'a reconnu la CIJ dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (en 2003), l'appréciation de la nécessité ne laisse aucune place à une certaine liberté d'appréciation du commandant militaire²⁹⁴. Ainsi, la destruction doit notamment répondre à deux conditions, à savoir la contribution effective à l'action militaire du bien à détruire et l'occurrence d'un avantage militaire certain et direct.

Dans les récents conflits armés, les bombardements aériens ont fait davantage qu'attaquer les capacités ou qu'obtenir la défaite militaire de l'ennemi. Ces bombardements ont plutôt suivi une politique d'État faisant un usage excessif (disproportionné) de la force afin de terroriser l'ennemi, selon nous, et tout ce que la zone de combat comporte. Une attaque méconnaît le principe de proportionnalité si les risques encourus par les civils sont trop importants au regard de l'avantage militaire recherché²⁹⁵. Par exemple, la pratique de l'État d'Israël, non-signataire du Protocole I, visait non pas des objectifs militaires, mais bien des *objectifs terroristes* dans les territoires occupés, et durant le conflit au Sud du Liban contre le Hezbollah. Ce fut le cas, par exemple, dans le bombardement du village de Qana qui entraîna la mort de 56 civils.

Au Kosovo, à Kaboul et à Bagdad, des installations de radio et de télévision ont été bombardées. Ces biens, à priori de caractère civil, ont été l'objet de bombardements, car ils furent considérés comme des objectifs militaires selon les stratégies des forces de l'OTAN et des forces américaines et britanniques. Le 23 avril 1999, les forces de l'OTAN ont bombardé le siège social de la Radio Télévision Serbe (RTS) à Belgrade, une attaque qui a fait entre 10 et 17 victimes. Le 12 novembre 2001, à Kaboul cette fois, les bureaux d'Al-Jazeera et quelques autres stations ont été attaqués sous prétexte qu'ils transmettaient de la propagande au service des Talibans. Ainsi, que ce soit en Irak ou en Afghanistan, suivant la doctrine

²⁹⁴ *Affaire des plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, 6 novembre 2003, Arrêt sur le fond, par. 43 et 73.

²⁹⁵ Ailincăi, «Justification», *supra* note 290, p. 344.

américaine, des centrales électriques ont été interprétées comme étant des objectifs militaires et furent, de ce fait, bombardées par les forces coalisées. Fruits de la modernité et de l'industrialisation, les centrales électriques sont au cœur de l'activité économique et sont essentielles à la vie des civils. Cependant, en 1991, lors de l'opération *Desert Storm*, les forces américaines ont bombardé des centrales électriques provoquant ainsi la fermeture de cinq centres de distribution et de purification de l'eau²⁹⁶. Une situation qui a eu de lourdes conséquences sur la population civile. En 2002, durant l'opération *Enduring Freedom*, les forces britannico-américaines ont bombardé la centrale électrique éclairant les villes de Kandahar et Lashkargah. De même, en 2003, lors de l'opération *Iraqi Freedom*, les villes de Basra et al-Nasiriyya ont été laissées sans électricité et sans eau²⁹⁷. Lors de l'opération *Iraqi Freedom*, les forces américaines ont bombardé le ministère de l'Information; les installations de diffusion de la ville d'Abu Ghraib et la télévision de Bagdad ont été bombardées à la suite de la diffusion d'images de soldats américains morts ou capturés. Même si l'article 52(2) du Protocole I ne mentionne pas que les installations de radio et de télévisions, les agences de nouvelles et les journaux peuvent constituer des objectifs militaires en soi, par une interprétation contextuelle sur le moment, il est possible de déduire que l'attaque de tels objectifs est légitime si leur destruction totale ou partielle, leur capture ou leur neutralisation procure un avantage militaire lors de l'attaque et non ultérieurement. Au contraire, si l'objectif ne fait que diffuser des programmes à caractère civil, il est illégal de l'attaquer. Par exemple, au Rwanda, la station Radio Mille Collines pouvait être considérée comme un objectif militaire parce qu'elle diffusait des instructions sur la conduite des opérations militaires²⁹⁸. Un autre instrument précise la portée d'une attaque sur de tels objectifs. Aux termes de l'article 8(1) de la Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (convention adoptée en 1954), une protection spéciale

²⁹⁶ U.N Association of the United States of America, «The United Nations Response to the Gulf Conflict: Political, Economic, Humanitarian, Environmental and Social Aspects», Mar. 7, 1991, p. 6.

²⁹⁷ Detter, «Law», *supra* note 169, p. 428.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 425.

est octroyée aux réfugiés cherchant à abriter, en cas de conflit armé, des biens culturels meubles. Cette convention considère que ces types d'installations peuvent légitimement être la cible d'une attaque. D'un point de vue général, en période de conflit armé, il est très difficile de trancher précisément entre les communications militaires et la propagande exhortant les soldats et la population civile à résister et à détruire l'ennemi.

Ensuite, les articles 56 du Protocole I et 15 du Protocole II assurent une protection aux ouvrages et installations contenant des forces dangereuses. Ces dispositions ont été adoptées à la suite des bombardements offensifs de quelque 660 digues par les Américains durant la guerre du Vietnam. Les deux articles visent à priori tous les biens dont la destruction permettrait la libération de forces dangereuses pour la population civile. L'énumération des biens jouissant d'une protection spéciale (c'est-à-dire les barrages, les digues et les centrales nucléaires de production d'énergie électrique) est en fait limitative. Par conséquent, les États-Unis ne reconnaissent pas la prohibition absolue indiquée dans le Protocole I. Face à l'attaque de tels objectifs militaires, les Américains appliquent un test de proportionnalité selon les recommandations des plus hautes instances nationales au regard de la nature de la force dangereuse qui s'en dégagera dans le cas d'une attaque:

«The United States did not recognize the absolute prohibition, found in Protocol I, on attacks against installations containing “dangerous forces”, such as water held in check by a dam and radioactive material from a nuclear facility. When considering attacks on such facilities, the Department of the Air Force advocated the application of a proportionality analysis that accounted for the fact that there are “special concerns that destruction of such objects may unleash forces causing widespread havoc and injury far beyond any military advantage secured or anticipated”. As a result, target selection for such attacks was viewed as a “matter of national decision at appropriate high policy levels”»²⁹⁹.

Nulle part dans le Protocole I, on ne parle d'une quelconque interdiction de bombarder la nuit. Cependant, par le jeu des dispositions 51(8) et 57(2) du Protocole I, les bombardements de nuit (qui ne permettent pas au pilote de distinguer l'objectif

²⁹⁹ Voir U.S. Dep't of The Air Force, «International Air Force, International Law – The Conduct of Armed Conflict and Air Operations», 1-5-6 (Pamphlet n° 110-31, 1976).

militaire au sol et, en plus, de prendre les précautions qui s'imposent pour vérifier que des civils ne se trouvent pas près de la cible) contreviennent aux principes de la distinction et de la précaution à prendre avant l'attaque.

Finalement, depuis l'entrée en vigueur du Protocole I en 1977, par exemple, la doctrine de l'USAF est basée sur le fait que la puissance aérienne ne se limite pas à attaquer des objectifs militaires qui procurent uniquement des avantages militaires. La doctrine américaine poursuit sa croyance que la guerre, c'est de la politique par d'autres moyens³⁰⁰. Sur ce, la guerre serait l'opposition des volontés de deux belligérants. La victoire ne se limite pas aux pertes infligées, aux batailles gagnées, ou au territoire occupé, mais s'acquiert avec l'achèvement des objectifs politiques. C'est plutôt sur la base de la réussite des objectifs politiques que les États-Unis mesurent le cadre et l'intensité de la guerre. Les objectifs militaires et les opérations doivent soutenir les objectifs politiques³⁰¹. Dès lors, les individus qui établissent des politiques devant être exécutées sur le champ de bataille et qui, par ailleurs, contreviennent au droit international risquent de se voir exposer à des poursuites pénales, que ce soit au niveau international ou national, pour crimes de guerre.

3.2 Le Statut de Rome pour la Cour pénale internationale

Le Statut de Rome portant établissement de la Cour pénale internationale est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2002. Ce traité international vise à limiter les effets des conflits, dissuader les infractions graves reconnues en DIH et réprimer la criminalité transnationale. En effet, les infractions graves du DIH nuisent considérablement aux

³⁰⁰ Selon cette doctrine, l'aspect fondamental de la nature de la guerre est: «*War is an instrument of national policy. Victory in war is not measured by casualties inflicted, battles won or lost, or territory occupied, but by whether or not political objectives were achieved. More than any other factor, political objectives (one's own and those of the enemy) shape the scope and intensity of war. Military objectives and operations must support political objectives [...]*» Air Force Doctrine Document I: Air Force Basic Doctrine [AFDD-1] 6-7 (1997).

³⁰¹ Air Force Doctrine Document I: «*Air Force Basic Doctrine sets out several "enduring truths" it uses to describe the "fundamental nature of war": War is an instrument of national policy. Victory in war is not measured by casualties inflicted, battles won or lost, or territory occupied, but by whether or not political objectives were achieved. More than any other factor, political objectives (one's own and those of the enemy) shape the scope and intensity of war. Military objectives and operations must support political objectives [...]*».

intérêts les plus vitaux de la société civile internationale. Il est un principe fondamental voulant que les auteurs de violations graves du DIH soient présumés parfaitement conscients de leurs actes et qu'ils aient à y répondre devant une instance judiciaire. Ainsi, la CPI est l'outil judiciaire reflétant l'intérêt de la communauté internationale.

Les crimes de guerre en lien direct avec la conduite des hostilités sont criminalisés par le Statut de Rome aux articles 8(2)(b)(i), (ii), (iii), (iv), (ix), (xxiii), (xxiv) et (xxv). L'incorporation de ces dispositions portant sur le fait d'attaquer directement la population civile a quelque peu soulevé la controverse lors de la rencontre diplomatique tenue à Rome, en 1998, en vue d'établir la CPI. À la lumière des récents conflits armés, le recours aux opérations militaires aériennes a donné lieu à des attaques en milieu urbain où les principales victimes ont été des non-combattants. À certains égards, les effets de ces attaques peuvent être assimilés à des dommages collatéraux. Sur le plan conceptuel, deux notions sont en conflit: «la nécessité militaire» et «l'immunité des non-combattants». Ainsi, le recours à la nécessité militaire, souvent invoqué par les responsables militaires, laisse sous-entendre qu'invoquer la «nécessité militaire» en période de conflit armé permet de rendre licite certains actes sans les justifier autrement que par le fait qu'ils doivent être accomplis, justifiant ainsi d'éventuelles pertes civiles. Mais en DIH, rien ne justifie des attaques causant des pertes et des dommages civils immédiats et étendus non recherchés³⁰².

Depuis l'entrée en vigueur du Statut de Rome, malgré les opérations militaires en cours et les dommages collatéraux aériens dénombrés par les organisations humanitaires sur le terrain, aucune affaire n'a été soumise à la CPI. Par conséquent, la CPI a dressé et codifié certaines dispositions spécifiquement à l'article 8(2)(b)(iv) quant au fait de lancer une attaque délibérée en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines et des blessures parmi la population civile, des

³⁰² Nous utilisons ici l'expression «dommages incidents non recherchés» du professeur Jacques Verhaegan. Selon Verhaegan, ce type de dommages pourrait s'interpréter comme un acte commis sans l'intention criminelle, mais dont le fait fautif englobe l'acceptation de ce résultat pour l'éventualité où celui-ci se produirait. Voir Verhaegan, *supra* note 199, p. 186.

dommages aux biens à caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu³⁰³.

3.2.1 Les dispositions spécifiques

Les définitions des crimes à l'article 8(2)(b) visent les violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux. Elles tirent leurs sources particulièrement des deux Protocoles additionnels de 1977, du Règlement sur les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention (IV) de 1907.

Tout d'abord, les crimes inscrits à l'article 8(2)(b) comprennent deux éléments. Le premier comporte un aspect matériel, soit l'élément moral accompagnant l'élément objectif. C'est-à-dire que la conduite doit se placer dans le contexte d'un conflit armé international, et l'auteur doit avoir connaissance par des circonstances factuelles de l'existence d'un conflit armé. Par exemple, pour les crimes édictés à l'article 8(2)(b)(i), (ii), (iii), (ix) et (xxiv) relativement à des attaques prohibées à l'endroit de personnes et d'objets protégés, les délégués de la conférence diplomatique ont soulevé le débat afin de savoir si ces crimes de guerre requéraient un résultat tel qu'exigé par les violations graves définies à l'article 85(3) et (4) du Protocole I, c'est-à-dire des crimes de guerre entraînant la mort ou causant des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé, et/ou causant des dommages aux biens à caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57, paragraphe (2) (a) (iii)³⁰⁴. Or, la majorité des délégués ont rejeté l'option de l'achèvement d'un résultat. Ceux-là ont plutôt retenu qu'il y aurait perpétration de crimes de guerre si, au sens de l'article 8(2)(b)(i), une attaque était dirigée contre la population civile ou des

³⁰³ Article 8(2)(b)(iv) du Statut de Rome.

³⁰⁴ Knut Dormann, «Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of War Crimes. Part II: Other serious violations of the laws and customs applicable in international and non-international armed conflict» (2001) 83 I.R.R.C. June, n° 842, p. 466 [Dormann, «Preparatory»].

personnes civiles, mais que, par la faute d'une défaillance de l'arme utilisée, la cible n'était pas atteinte³⁰⁵.

Le second élément est qu'il a toujours été un fait implicitement compris que le résultat est un prérequis de la disposition relative à la commission d'une violation grave. Selon le Protocole I, cette disposition relative devrait s'appliquer à ces crimes. Dans le cas d'une défaillance de l'arme, le fait de conduire une telle opération est à charge d'une tentative de commettre l'acte criminel. Cependant, les délégués ont préféré l'approche de la majorité en refusant le critère que l'attaque ait atteint un résultat particulier³⁰⁶. Donc, à ce niveau, le seuil d'inculpation pour crime de guerre est plus bas contrairement aux dispositions relatives à violation d'une infraction grave du Protocole I.

3.2.2 L'aspect non recherché du résultat incriminé

Un point qui soulève un débat est la notion de «diriger une attaque intentionnellement contre» des personnes et des objets définis dans les crimes respectifs. Il était question de savoir si le qualificatif «intentionnel» référerait seulement aux attaques dirigées ou s'il concernait aussi l'objet de l'attaque. C'est cette dernière approche qui a été adoptée. Elle peut se lire comme suit à l'article 8(2)(b)(i) du Statut: «le fait de lancer des attaques délibérées contre la population civile en général ou contre des civils qui ne prennent pas directement part aux hostilités». Par conséquent, l'esprit de cet article interpelle l'élément psychologique de l'auteur du crime. Pour ce faire, il importe de se référer à l'article 30(2)(a) du Statut où l'on précise que:

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 467.

³⁰⁶ «The majority of delegations pointed out that at the Diplomatic Conference in Rome, the requirement that a result be achieved had consciously been left out. They held that the crime would be committed if, e.g. in the case of Article 8(2)(b)(i), an attack was directed against the civilian population or individual civilians, but owing to the failure of the weapon system the intended target was not hit. The other side, however, argued that it had always been implicitly understood that the result requirement of the grave breaches provisions would also apply to those war crimes derived from Protocol I, and that in the event of a weapon failure the conduct should be charged only as an attempted crime. But the PrepCom followed the majority view and refused to require that the attack had to achieve a particular result». *Ibid.*, p. 467.

Art. 30 - 1. Sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime s'accompagne d'intention et de connaissance.

2. Il y a intention au sens du présent article lorsque:

- a) Relativement à un comportement, une personne entend adopter ce comportement;
- b) Relativement à une conséquence, une personne entend causer cette conséquence ou est consciente que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements.

3. Il y a connaissance, au sens du présent article, lorsqu'une personne est consciente qu'une circonstance existe ou qu'une conséquence adviendra dans le cours normal des événements. Savoir et connaître s'interprètent en conséquence.

Les dispositions spécifiques de l'article 2(b) comprennent que l'auteur «entend causer cette conséquence ou est conscient que celle-ci adviendra dans le cours normal des événements». Dès lors, on aborde l'aspect de l'intention. Pour qu'il y ait «intention», «l'auteur doit avoir agi avec conscience et volonté, c'est-à-dire en se représentant son acte et ses résultats et en les voulant ("intention criminelle" ou "dol pénal")»; cela englobe la notion de "dol éventuel", soit l'attitude d'un auteur qui, sans être certain de la survenance du résultat, l'accepte au cas où il se produirait [...]»³⁰⁷. Parallèlement, l'article 85 du Protocole I approche la problématique des dommages collatéraux *incidents* de façon plus restrictive. Pour qu'il y ait naissance d'une incrimination, les pertes civiles doivent être certaines. Les *Commentaires du CICR* observent que:

«Le présent alinéa (b), de même que l'alinéa c, ajoute aux éléments constitutifs communs au paragraphe les mots "en sachant": il n'y a donc d'infraction grave que si l'auteur sait de façon certaine que les résultats décrits se produiront, et non en cas de dol éventuel»³⁰⁸.

Verhaegen considère que l'on peut mesurer l'importance de la restriction si l'on convient qu'en matière de «pertes incidentes», la certitude de les produire se rencontrera infiniment moins fréquemment que le risque – fût-il élevé et confinant à une quasi-certitude – de les voir se produire³⁰⁹.

³⁰⁷ Commentaire des Protocoles, n° 3474.

³⁰⁸ Commentaire des Protocoles, n° 3479.

³⁰⁹ C. Hennau-Hublet et Jacques Verhaegen, «Sur les dommages collatéraux et leur imputabilité en droit pénal», *Droit pénal général*, Bruylant, Bruxelles, 2e éd. 1995, n° 353 bis.

À un autre niveau, un regard sur la jurisprudence des tribunaux *ad hoc* permet de voir comment cette question de l'élément psychologique et intentionnel de l'auteur a été traitée. Or, il faut rappeler que les instances nationales peuvent s'arroger une compétence juridique à réprimer les transgressions «non qualifiées graves» par les Conventions, dans la mesure où ces faits réuniraient tous les éléments constitutifs d'une infraction tombant sous le coup de la loi nationale. Quant aux Parties contractantes, aux termes de l'article 85(1), les transgressions non qualifiées d'infractions graves, des moyens doivent être entrepris afin de les «faire cesser»³¹⁰.

3.2.3 Le déclenchement d'une poursuite

Pour qu'une affaire relative à des dommages collatéraux puisse donner lieu à l'exercice de la CPI, il faut que la perte de vies humaines soit «clairement» excessive comparativement à l'avantage militaire concret et direct anticipé³¹¹. L'expression «clairement» suggère que la preuve à charge doit démontrer que la nature de l'attaque est nettement disproportionnée. De plus, l'un des prérequis du crime est que l'auteur «savait» que l'attaque causerait le degré de perte prohibée. En d'autres mots, le dommage collatéral doit être excessif. Ces éléments supplémentaires référant aux violations du Protocole I, le Statut de Rome et d'autres instruments connexes au droit de la guerre sont la preuve que les rédacteurs de ces conventions reconnaissaient dès lors que la détermination de ce qui est proportionnel révèle une certaine subjectivité et qu'ils sont plutôt criminalisés par le seul fait que la décision s'est fondée sur de mauvaises intentions.

Dans les faits, avant qu'un commandant de l'air puisse être traduit pour des violations graves devant la CPI, le Procureur devra faire la démonstration que l'attaque était si disproportionnée qu'elle était manifestement une attaque délibérée

³¹⁰ Verhaegen, «Nuremberg», *supra* note 199, p. 187.

³¹¹ William A. Schabas, *An Introduction to the International Criminal Court*. 2nd Edition, Cambridge University Press, 2004, pp. 167-172 [Schabas, « International Criminal Court »].

conduite directement à l'endroit de la population civile³¹². Voyons comment les instances pénales internationales ad hoc ont abordé la question de «l'élément constitutif d'une attaque dirigée contre une population civile». En bref, la logique juridique des juges est dès lors que des suites d'une attaque il en résulte des morts et blessés, cela constitue effectivement une infraction au sens du DIH. Par conséquent, cette logique exclut le «ciblage» des populations civiles. De plus, l'infraction sera qualifiée de «grave» uniquement que si, en apparence, elle paraît «excessive».

Tout d'abord, c'est dans l'affaire *Kunarac* que le TPIY a énoncé les cinq éléments constitutifs d'une attaque dirigée contre une population civile, soit: 1) une attaque a eu lieu, 2) les actes de l'accusé font partie de cette attaque, 3) l'attaque est dirigée contre une population civile, 4) l'attaque menée est généralisée ou systématique et 5) l'accusé doit avoir connaissance du contexte dans lequel interviennent ses actes et savoir que ses actes font partie de l'attaque³¹³. En ce qui concerne l'élément matériel de l'infraction, il faut se référer à l'affaire *Blaskic*. Dans cette affaire, la Chambre a fait observer que l'attaque doit avoir causé des morts et (ou) de graves dommages corporels dans la population civile ou des dégâts à des biens à caractère civil. [...] Le ciblage des civils ou des objets civils est une infraction s'il n'est pas justifié par la nécessité militaire³¹⁴. Quant à l'élément moral de l'infraction, la Chambre conclut:

«[qu'une] telle attaque doit avoir été entreprise intentionnellement avec la connaissance (ou alors qu'il n'était pas possible d'ignorer) que des civils ou des objets civils étaient visés sans nécessité militaire»³¹⁵.

Dans l'affaire *Kordic et Cerkez*, la Chambre de première instance a indiqué qu'on entend par attaques proscrites celles qui prennent délibérément pour cibles des civils ou des objectifs civils au cours d'un conflit armé et ce, sans que ces attaques

³¹² James Holland, «Military Objective and Collateral damage: Their relationship and Dynamics» (2004) 7 Yearbook of International Humanitarian Law. 50.

³¹³ *Le Procureur c. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, IT-96-23T& IT-96-23/1-T, Chambre de première instance II, Jugement du 22 février 2001, par. 410 [*Kunarac*].

³¹⁴ *Blaskic*, par. 180, (*Jugement*).

³¹⁵ *Ibid.*, par. 180.

soient justifiées par les nécessités militaires. Elles doivent avoir causé des pertes humaines parmi les civils et/ou porté gravement atteinte à leur intégrité physique et causé des dommages massifs à des biens civils³¹⁶. La Chambre a suivi une certaine logique juridique selon laquelle une attaque qui fait des morts ou des blessés graves au sein de la population civile constitue une infraction. Toutefois, elle se distance de l'opinion selon laquelle un comportement prohibé, comme le fait d'attaquer une population civile, au sens de l'article 51(2) du Protocole I, doit être interprété comme un ciblage des civils «s'il n'est pas justifié par la nécessité militaire»³¹⁷. L'article 51(2) articule plutôt, et avec clarté, l'immunité des populations civiles contre l'objet d'attaques. Cette position de la Chambre démontre bien que la protection de l'immunité des populations est intransgressible et qu'on ne peut y faire d'exception même sous prétexte d'une quelconque nécessité militaire³¹⁸. Cependant, cette interprétation du droit est discutable si l'on se réfère à l'apparence des pertes si elles ne sont pas «excessives».

Ainsi, si l'on se fie aux dispositions de l'article 85(3) b) et c) du Protocole, il y aurait «infraction grave» lorsque les pertes humaines apparaissent «excessives».

«Outre les infractions graves définies à l'article 11, les actes suivants (...) sont considérés comme des infractions graves au présent Protocole: (...); b) lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs au sens de l'article 57, paragraphe 2 a) iii [...]; c) lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, en sachant que (...)»

³¹⁶ Kordic et Cerkez, par. 328, (*Jugement*).

³¹⁷ *Le Procureur c. Galic* (2003), Affaire IT-98-29-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), en ligne: Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindexf.htm>>.

³¹⁸ *Le Procureur c. Galic* (2003), Affaire IT-98-29-T, (Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Chambre de première instance I), en ligne: Nations Unies <<http://www.un.org/icty/jugemindexf.htm>>, par. 44. La Chambre de première instance s'est en outre référée à l'article 51(6) du *Protocole additionnel I* (*supra* note 124) qui interdit explicitement «les attaques dirigées à titre de représailles contre la population civile ou des personnes civiles» et a relevé que le libellé de cet article «exclut que les nécessités militaires puissent justifier des représailles».

En tenant compte de cet article, ainsi que de l'article 51, on peut déduire que les pertes non «excessives» au regard de l'avantage militaire ne pourraient plus tomber sous le coup d'autres dispositions du Protocole, ni du *jus in bello* en général, et que ces pertes non «excessives» ne seraient plus susceptibles de sanctions. Verhaegen poursuit une analyse par déduction de l'article 51. Selon lui, l'expression «seront *entre autres* considérés comme effectués sans discrimination» figurant à l'article 51(5) indique bien le caractère exemplatif et *non exhaustif* de l'attaque visée par le paragraphe 5³¹⁹. Donc, peut-on présumer que lorsque des pertes civiles ne sont pas «excessives» en apparence par rapport à l'avantage militaire, le belligérant agresseur bénéficierait d'une justification objective, voire d'une autorisation légale? Telle est l'interprétation *à contrario* que l'on peut donner à l'article 57(2). De fait, dans la réalité des opérations militaires, le droit de se défendre contre toute agression et de la repousser comporte une valeur primordiale. Il est donc impensable que le texte relatif aux précautions veuille mettre ce droit en danger³²⁰. Par conséquent, toute opération militaire peut entraîner une «renonciation», surtout lors d'opérations à commandement partagé (OTAN). Ce qui est en cause, ce n'est pas la renonciation à mener l'attaque, mais bien l'importance différente reconnue respectivement à l'obstacle matériel et à l'obstacle juridique. Dans ce conflit circonstanciel entre le matériel et le juridique, qui dans l'action militaire outrepassé les limites formelles imposées par le *jus in bello* aux choix et moyens et méthodes de combat, le rappel *exprès* et *clair* des prohibitions intransgressibles en droit des conflits armés requiert que l'on mette en contexte le rôle judiciaire de la CPI en la matière³²¹.

La seconde section abordera l'autorité judiciaire de la Cour dont le mandat est de traduire quiconque commettant des actes tombant sous sa compétence et recevables devant ses auspices.

³¹⁹ Verhaegen, «Nuremberg», *supra* note 199, p. 188; Actes du Protocole, XV, pp. 282-289.

³²⁰ *Ibid.*, p. 193; Actes VI, p. 231.

³²¹ *Ibid.*, p. 196.

3.3 Les crimes de guerre

Au sens du Statut de Rome, on entend par «crimes de guerre» des actes commis lors d'une opération militaire de bombardements aériens et rencontrant les dispositions suivantes:

- «iv) La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire;
- b) Les autres violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international, à savoir, l'un quelconque des actes ci-après:
 - i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement part aux hostilités;
 - ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires;
 - iii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil;
- iv) Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu;
- v) Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires;
- vii) Le fait d'utiliser indûment le pavillon parlementaire, le drapeau ou les insignes militaires et l'uniforme de l'ennemi ou de l'Organisation des Nations Unies, ainsi que les signes distinctifs prévus par les Conventions de Genève, et, ce faisant, de causer la perte de vies humaines ou des blessures graves;
- xviii) Le fait d'employer des gaz asphyxiants, toxiques ou similaires, ainsi que tous liquides, matières ou procédés analogues;»

Dans les opérations militaires de la dernière décennie, les bombardements aériens pouvant constituer des crimes de guerre sont particulièrement ceux incluant:

- «iv) La destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire;

- i) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre la population civile en tant que telle ou contre des civils qui ne participent pas directement aux hostilités;
- ii) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des biens de caractère civil, c'est-à-dire des biens qui ne sont pas des objectifs militaires;
- iv) Le fait de diriger intentionnellement une attaque en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines dans la population civile, des blessures aux personnes civiles, des dommages aux biens de caractère civil [...] ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu;
- v) Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires;
- ix) Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires.»

Pour être qualifié de crime de guerre, un comportement doit être non seulement interdit, mais également considéré comme criminel. La violation du droit qui s'ensuit est particulièrement grave. Si un comportement est interdit, sans être toutefois considéré comme criminel, il se peut que les individus qui ont commis l'acte engagent la responsabilité de l'État auquel ils appartiennent. Dès lors, on peut affirmer que toutes les violations du droit de la guerre ne sont pas à considérer comme des crimes, mais seulement celles qui sont considérées comme particulièrement graves par le droit international³²². En effet, on retrouve une panoplie d'actes définis comme des crimes de guerre à l'article 8 du Statut de Rome. Ces actes représentent à première vue des infractions graves aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Ces actes prohibés, dans le cas des bombardements aériens, doivent viser des personnes ou des biens protégés par les dispositions des Conventions de Genève.

³²² Natalino Ronziti, *Le droit humanitaire applicable aux conflits armés en mer*. Recueil des cours. Académie de droit international. Tome 242 de la collection. 1994. Martinus Nijhoff Publishers. Dordrecht/Boston/London, p.143.

À priori, les crimes de guerre sont historiquement punis par les systèmes judiciaires nationaux depuis les tout débuts du droit criminel³²³. Cependant, les crimes commis durant un conflit armé ont été les premiers à être punis par le droit international. C'est Henri Dunant, au XIXe siècle, après avoir découvert l'inhumanité de la guerre lors de la bataille de Solferino, qui a été à l'origine d'instruments à vocation universelle visant la réglementation de la pratique de la guerre. Il imposera notamment le principe de la protection des militaires blessés dans les dispositions de la Convention de Genève de 1864. Un peu plus tard (en 1920), le procès de Leipzig de soldats allemands, sous les dispositions des articles 228 à 230 du Traité de Versailles pour des actes en violation des lois et des coutumes de la guerre, sera la première manifestation concrète des nations civilisées à punir les crimes de guerre. Toutefois, le fondement en droit international de ces crimes se trouve dans l'annexe du Règlement de la Convention (IV) de La Haye de 1907.

Observons maintenant la position de la doctrine relativement aux instruments de répression voués à la codification des coutumes de la guerre. William A. Schabas souligne qu'initialement ces instruments ne visaient pas à reconnaître une responsabilité individuelle pénale. Il évoque que:

«And while that instrument had not originally been conceived of as a source of individual criminal responsibility, its terms had been the basis of the definition of war crimes by the 1919 Commission on Responsibilities. Certainly, from that point on, there is little argument about the existence of war crimes under international law»³²⁴.

Les conflits qui marqueront le XXe siècle aideront à la codification de la notion de «crime de guerre» et à la concrétisation d'un droit humanitaire applicable dans les conflits armés. Ce droit sera aussi connu sous le vocable du droit de Genève. C'est un régime organisé autour des quatre Conventions de Genève de 1949³²⁵ et des deux

³²³ Leslie C. Green, *International Regulation of Armed Conflict*, dans M. Chérif Bassiouni, ed., *International Criminal Law*, 2nd ed., Ardsley, NY: Transcontinental Publishers, 2003, Vol. I, pp. 355-391.

³²⁴ Schabas, «International Criminal Court», *supra* note 311, p. 52.

³²⁵ Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne; la Convention sur l'amélioration du sort des blessés, des malades et des

protocoles additionnels de 1977 aux conventions³²⁶. Premièrement, suite aux atrocités de la Deuxième Guerre mondiale, les vainqueurs alliés érigèrent, en 1945, le Tribunal militaire international de Nuremberg (TMI). C'est à l'article 6(b) de la Charte de Nuremberg que le crime de guerre est défini comme étant:

«les violations des lois et coutumes de la guerre. Ces violations comprennent, sans y être limitées, l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires»³²⁷.

Deuxièmement, l'adoption des quatre Conventions de Genève de 1949 contribuera à faire évoluer le principe de Nuremberg par la notion d'«infractions graves» reconnue par le DIH. Dans cette seconde codification, la notion est élargie et comprend, sans y être limitée:

«l'assassinat, les mauvais traitements et la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens publics ou privés, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires»³²⁸.

Ensuite, Toni Pfanner, chef de la Division juridique du CICR, souligna que «ces violations sont d'une telle gravité qu'elles imposent aux États l'obligation de poursuivre ou d'extrader les personnes soupçonnées d'avoir commis ou ordonné de commettre de tels crimes, quel que soit l'État sur le territoire dans lequel les crimes ont été commis et quelle que soit la nationalité de l'accusé»³²⁹.

naufra­gés des forces armées sur mer; la Convention sur le traitement des prisonniers de guerre et la Convention relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

³²⁶ Les deux Protocoles visent à renforcer la protection: dans le cadre des conflits internationaux pour le premier, et non internationaux pour le deuxième.

³²⁷ Accord concernant la poursuite et le châti­ment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945. Article 6(b).

³²⁸ Accord concernant la poursuite et le châti­ment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe et statut du tribunal international militaire. Londres, 8 août 1945. Article 6(b).

³²⁹ Toni Pfanner, «Création d'une criminelle internationale permanente», R.I.C.R. n° 829, 21-28.

3.3.1 La poursuite

Depuis 1949 subsiste une confusion sur les limites et la portée de la notion de crimes de guerre. Une chose certaine est la logique juridique qui conclut à la responsabilité pénale de toute personne lorsqu'il est possible de prouver la participation de cette dernière à l'effort de guerre.

Tout d'abord, le droit de Genève se limitait à indiquer que les «infractions graves» constituaient des crimes de guerre. Cependant, ces Conventions visaient uniquement le droit général couvrant la protection des populations civiles en période de conflits armés. Quant au TMI, sa contribution visait plus particulièrement les méthodes et les moyens utilisés dans la conduite de la guerre³³⁰. Ainsi, dans ces deux instruments, on ne voyait nullement la source d'une réglementation visant à renforcer soit l'inculpation, soit l'imputation d'une responsabilité individuelle pénale. Or, ce n'est que vers 1990 que se précisera davantage ce qui constitue réellement un crime de guerre imputable à celui ayant participé directement ou indirectement à son accomplissement.

Ensuite, vers la fin du XXe siècle, le Conseil de sécurité des Nations Unies mettra sur pieds deux tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* afin de juger respectivement les conflits armés sur le territoire de l'ex-Yougoslavie et au Rwanda. En mai 1993 sera adopté le Statut du TPIY³³¹. Ce Statut se limitera aux crimes reconnus par le droit international coutumier du droit de Genève et du droit de La Haye. En 1994, pour les crimes commis sur le territoire rwandais, le Conseil adoptera le Statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR). Ce statut aura compétence pour juger les crimes d'un conflit armé interne. Dans l'affaire *Kupreskic*, la chambre de première instance du TPIY a affirmé que l'on peut conduire à une catégorisation stricte des crimes de guerre³³². Par conséquent, l'article 8 du Statut de Rome, sous la pression des délégués de certains États lors de la Conférence diplomatique, a apporté certaines précisions sur les crimes pouvant être poursuivis

³³⁰ Schabas, «International Criminal Court», *supra* note 311, p. 53.

³³¹ Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, N.U. Doc. S/RES/827, Annexe.

³³² *Kupreskic*, Jugement, 14 janvier 2000, par. 53.

devant la Cour. Or, la chambre d'appel, toujours dans *Kupreskic*, a confirmé, sous la base des principes établis lors des procès au TMI, que le droit des conflits armés n'est pas statique, mais qu'il s'adapte au fil du temps selon les besoins d'un monde en continuel changement³³³. Mais alors, l'article 8 précise qu'il doit y avoir un conflit armé, qu'importe sa nature, qu'il soit international ou non international. Comme il a été soulevé dans *Tadic*, l'aspect temporel ne limite pas la perpétration de crimes de guerre même après la fin d'un conflit armé. Des crimes de guerre peuvent toujours être commis même après la fin des hostilités déclarées. Dans le cadre spatial, les crimes de guerre ne sont pas limités uniquement à une certaine région où se sont conduites les hostilités, mais peuvent couvrir l'ensemble d'un territoire. Rappelé dans *Aleksovsky*, le TPIY indiqua que:

«An armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organised armed group or between groups within a State»³³⁴.

De plus, le Procureur est tenu de démontrer comme certains les éléments du crime de guerre; repose donc sur lui le fardeau de démêler les différents liens existants dans l'affaire. Il doit avant tout déterminer que l'accusé avait la connaissance, ou pas, de l'existence d'un conflit armé, international ou non international. Néanmoins, ce ne sont pas tous les crimes inscrits à l'article 8 qui sont susceptibles d'être poursuivis devant la Cour. Cependant, comme il a été stipulé dans les affaires *Kunarac* et *Kovac*, il doit exister un *nexus* entre l'acte perpétré et le conflit armé³³⁵. Dans *Kunarac*, la chambre a précisé que:

«le critère du lien avec le conflit armé que postule l'article 3 du Statut n'implique pas que les crimes soient directement commis durant les combats ou sur le théâtre des opérations. Le droit humanitaire continue de s'appliquer sur l'ensemble du territoire contrôlé par l'un des belligérants, que les combats se poursuivent ou non sur les lieux des faits en question. Il suffit, par conséquent, que les crimes aient eu un lien étroit avec les hostilités qui se sont produites dans d'autres endroits des territoires placés sous

³³³ *Kupreskic*, Jugement, 12 juin 2002, par. 67.

³³⁴ *Le Procureur c. Aleksovsky*, affaire IT-95-14/1-T, Jugement du 25 juin 1999, par. 43.

³³⁵ *Le Procureur c. Kovac et al.*, affaire IT-98-30-T, Jugement du 2 novembre 2001, par. 123. Voir Schabas, «International Criminal Court», *supra* note 309, pp. 56-57.

le contrôle des parties au conflit. La condition posée quant à l'existence d'un lien étroit avec le conflit armé est remplie si, comme c'est le cas en l'espèce, les crimes sont commis à la suite des affrontements, et jusqu'à la cessation de tout combat dans une région donnée et s'ils le sont à la faveur de la situation créée par les combats ou pour préserver celle-ci»³³⁶.

La répression des crimes internationaux et l'imposition du respect des principes établis par le DIH lors d'un conflit armé ne font place à aucune exception ou exemption à une poursuite pénale devant les juridictions pénales internationales. En ce sens, personne de par la qualité de ses fonctions, ne peut se voir octroyer une immunité ou une exonération. La Chambre d'appel du TPIR dans *Akayesu* a rappelé que la Poursuite doit faire la preuve que l'auteur: a) en raison de son autorité, était soit responsable de l'ouverture des hostilités ou a de toute autre façon été directement engagé dans la conduite de celles-ci et, b) soit membre des forces armées, sous le commandement militaire de l'une ou l'autre des parties belligérantes ou qu'il était dûment mandaté et censé, en sa qualité de fonctionnaire ou d'agent public ou de personne autrement dépositaire de l'autorité publique ou représentant *de facto* le gouvernement, appuyer ou mener à bien l'effort de guerre.

Finalement, c'est la contribution à l'effort de guerre qui rend notamment l'auteur inculpable de ses actes contraires aux lois et aux coutumes de la guerre prévues dans les Conventions (IV) de La Haye de 1907. Cette catégorie de crime assure un cadre juridique aux «personnes protégées», soit les populations civiles, les non-combattants et les combattants mis hors de combat. Cependant, avec la réalité contemporaine des conflits armés, de nouveaux «crimes de guerre» se sont rajoutés à la liste. Dès lors, on parle maintenant de la protection du personnel humanitaire, ou des missions de paix, et d'une prohibition contre les dommages causés à l'environnement. Pour ce faire, il faut se référer à l'article 8 2(b) du Statut de Rome. À la lumière de cet article, il est question, au paragraphe (b), de la prohibition de certaines armes dans la conduite des hostilités et risquant d'ailleurs, par leur usage, de constituer des violations graves des lois et coutumes applicables aux conflits armés internationaux dans le cadre établi du droit international.

³³⁶ *Kunarac*, Jugement du 22 février 2001, par. 568.

Dans le cas des moyens et des méthodes pouvant être utilisés lors des opérations aériennes de bombardements, on considère les violations suivantes:

- i) Le fait de lancer des attaques délibérées contre la population civile en général ou contre des civils qui ne prennent pas directement part aux hostilités;
- ii) Le fait de lancer des attaques délibérées contre des biens civils qui ne sont pas des objectifs militaires;
- iii) Le fait de lancer des attaques délibérées contre le personnel, les installations, le matériel, les unités ou les véhicules employés dans le cadre d'une mission d'aide humanitaire ou de maintien de la paix conformément à la Charte des Nations Unies, pour autant qu'ils aient droit à la protection que le droit international des conflits armés garantit aux civils et aux biens de caractère civil;
- iv) Le fait de lancer une attaque délibérée en sachant qu'elle causera incidemment des pertes en vies humaines et des blessures parmi la population civile, des dommages aux biens de caractère civil ou des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel qui seraient manifestement excessifs par rapport à l'ensemble de l'avantage militaire concret et direct attendu;
- v) Le fait d'attaquer ou de bombarder, par quelque moyen que ce soit, des villes, villages, habitations ou bâtiments qui ne sont pas défendus et qui ne sont pas des objectifs militaires;
- xvii) Le fait d'utiliser du poison ou des armes empoisonnées;
- xviii) Le fait d'utiliser des gaz asphyxiants, toxiques ou assimilés et tout liquides, matières ou engins analogues;
- xix) Le fait d'utiliser des balles qui se dilatent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain, telles que des balles dont l'enveloppe dure ne recouvre pas entièrement le centre ou est percée d'entailles;
- xx) Le fait d'employer les armes, projectiles, matériels et méthodes de combat de nature à causer des maux superflus ou des souffrances inutiles ou à agir sans discrimination en violation du droit international des conflits armés, à condition que ces moyens fassent l'objet d'une interdiction générale et qu'ils soient inscrits dans une annexe au présent Statut, par voie d'amendement adopté selon les dispositions des articles 121 et 123.

La répression de ces violations graves trouve son application même dans le cas d'un conflit armé interne ou, jusqu'à une certaine limite, dans le cas des guerres civiles. Dans *Tadic*, la Chambre d'appel a tenu à rappeler que les atrocités commises dans les conflits armés internes, en dépit du fait que cela fasse partie des affaires internes d'un État, ont toujours été prosrites par le droit international depuis un terrifiant bombardement durant la guerre civile espagnole³³⁷.

³³⁷ *Tadic*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 100-101; *The Prosecutor vs. Strugar et al.*, IT-01-42-PT, *Decision on Defence Preliminary*

3.3.2 Le supérieur hiérarchique

En observant les derniers conflits armés depuis le lancement de la guerre contre le terrorisme, la population civile est de plus en plus victime de dommages collatéraux suite à une attaque aérienne même scrupuleusement planifiée. Les dommages collatéraux commis dans le cadre d'un conflit armé s'inscrivent dans le régime du droit international pénal (DIP). Ils peuvent se concevoir comme étant une infraction internationale commise dans le sens d'un acte commis au nom d'un État Partie en conflit à la lumière des Conventions de Genève de 1949, de ses deux Protocoles de 1977 et du Statut de Rome. Ainsi, la commission de dommages collatéraux aériens durant un conflit armé s'inscrit naturellement dans le domaine du DIP, une branche criminelle du droit qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au niveau international³³⁸. Dans un cadre plus général, Stephan Glaser et Stanislaw Plawski considèrent que le DIP comprend toutes les infractions définies par le droit international, que ces dernières soient commises par un État ou un acteur non étatique. D'un point de vue plus restrictif, il faut se référer aux crimes dégagés dans le statut du TMI. Ces crimes sont commis dans le cadre de rapports entre États, sur le plan du droit international public³³⁹. Ces actes sont alors des actes commis par des dirigeants ou leurs agents³⁴⁰. Donc, la criminalisation des violations graves des Conventions de La Haye de 1907 par le statut du TMI a préparé les fondements juridiques afin de criminaliser des actes incriminés considérés comme étant contraires au droit international. Dans le procès des criminels nazis, l'un des dilemmes posés dans la poursuite des crimes internationaux a manifestement été la difficulté de faire le lien entre les commandants et les crimes commis par leurs subordonnés. Dans la perspective des bombardements aériens, le concept de responsabilité du supérieur

Motion Challenging Jurisdiction, 7 June 2002, par. 13. Voir Schabas, «International Criminal Court», *supra* note 309, p. 64.

³³⁸ Jean-François Roulot, *Le crime contre l'humanité*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 60 [Roulot, «Humanité»]. Voir la note André Huet, Renée Koering-Joulin, *Droit pénal international*, P.U.F. Thémis, 1994, p. 23.

³³⁹ Georges Levasseur et André Decocq, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, 1970, p. 183.

³⁴⁰ Jean Pradel. *Droit pénal général*, Paris, Cujas. 8e éd, 1992, n° 49.

hiérarchique rend aussi le commandant de l'air responsable de n'avoir pas prévenu la conduite criminelle de ses pilotes de l'air. Par ailleurs, le commandant de l'air peut notamment se voir puni pour défaut de contrôle et de supervision de ses subordonnés, qui ont commis un crime, et il le serait aussi pour son propre défaut d'intervention que pour les crimes commis par les autres³⁴¹.

En survolant le Statut de la CPI et le rôle judiciaire relatif à des violations commises et dont elle est compétente de s'en saisir, il est en théorie possible de poursuivre un commandant de l'air pour des crimes de guerre ou dommages collatéraux commis durant l'opération. De ce fait, la ratification du statut de Rome par les États signataires vient imposer des obligations supplémentaires aux officiers militaires quant au droit international. Considérant que la CPI est le bras judiciaire de la communauté internationale, cette dernière vise notamment à dissuader la commission de crimes internationaux. Par conséquent, la Cour aura malgré tout pour effet de fragiliser la communauté militaire comme agent de l'État et d'exposer les commandements aux risques du droit pénal à la lumière du concept de la responsabilité juridique. La «responsabilité» désigne alors l'obligation, pour un sujet de droit, de répondre des faits qui lui sont imputables, d'en supporter les conséquences et d'en assumer le redressement envers autrui³⁴². Le fait qu'un commandant militaire omet son devoir d'agir, cette inaction peut constituer un élément constitutif de la responsabilité d'un supérieur.

L'intention de la communauté internationale, depuis qu'elle est reconnue comme telle, est de rechercher de manière officielle à déterminer des règles auxquelles les États ne peuvent déroger dans la pratique du droit international et à la limite de leur droit de belligérance. Ces règles visent principalement deux règles normatives. La première est du domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationale avec essentiellement la proscription de l'usage de la force, avec la résolution pacifique des conflits et la légitime défense (articles 1, 2, 33 et 51 de la

³⁴¹ P. Currat, *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*. Bruylant, Bruxelles, Col. Genevoise, 2006, p. 633 [Curat, «Crimes et la CPI»].

³⁴² Jean-Pierre Queneudec, *La responsabilité internationale de l'État pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1966, p. 3.

Charte des Nations Unies). La seconde est la protection des droits fondamentaux relatifs au *jus cogens*³⁴³. Dans cette perspective, un crime international commis au nom de l'État est une violation grave d'une norme du droit des personnes, c'est-à-dire une règle impérative essentielle tant au niveau du degré que de la nature du crime. Alors, partant du principe que l'État, comme entité non physique, ne peut être tenu responsable d'un crime, il revient alors de s'adresser à celui ou à celle qui possède l'autorité d'exercer le pouvoir «effectif» souverain³⁴⁴. Il importe ici de rappeler l'affaire *Du Haut Commandement* où le TMA rapporta que:

«Criminality does not attach to every individual in the chain of command from that fact alone. There must be a personal dereliction. That occur only where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part. In the latter case it must be a personal neglect amounting to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence»³⁴⁵.

En fait, la responsabilité pénale du commandant de l'attaque peut dériver soit d'un acte positif considéré comme une responsabilité de commandement «direct» ou par une culpabilité par omission, soit une responsabilité *stricto sensu* «indirecte» de commandement. Ainsi, l'on peut retenir la responsabilité pénale du commandant non seulement par le fait qu'il a ordonné, instigué, planifié un acte de nature criminelle exécuté par ses subordonnés, mais aussi s'il a manqué de prendre les mesures nécessaires pour prévenir ou réprimer une conduite illégale de la part de ses subordonnés. Comme en fait état l'analyse d'Yves Sandoz dans les commentaires des Protocoles de 1977, il est clair que:

«Il n'existe aucun militaire exerçant un commandement qui ne soit tenu de veiller à la bonne application des Conventions et du Protocole. Comme il n'y a aucun élément de l'armée qui ne soit subordonné à un commandant militaire, à quelque échelon que ce soit, cette responsabilité s'exerce du haut en bas de la hiérarchie, du commandant en

³⁴³ Roulot, «Humanité», *supra* note 338, p.157 (voir note 270).

³⁴⁴ *Ibid.*, p. 270.

³⁴⁵ Affaire *Du Haut Commandement*, p. 543.

chef au simple soldat qui prend la tête du peloton auquel il appartient au moment où son chef est tombé et se trouve dans l'incapacité de poursuivre sa mission»³⁴⁶.

L'analyse que l'on doit tirer de cet exercice juridique est la recherche de l'élément intentionnel dans l'omission au devoir d'agir, autrement, d'une négligence criminelle si:

«L'absence de connaissance résulte de la négligence du supérieur dans l'accomplissement de ses obligations de supérieur, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas mis en œuvre les moyens dont il disposait pour être tenu de l'information et que, dans les circonstances, il aurait du savoir»³⁴⁷.

Quoiqu'il en tienne, on tend de plus en plus à créer une responsabilité accrue des commandants militaires; néanmoins, il reste que la négligence criminelle du supérieur n'est pas une forme de responsabilité clairement définie en droit international pénal³⁴⁸. Pour ainsi dire, la criminalisation des violations graves des Conventions de La Haye de 1907 par le statut du TMI a préparé les fondements juridiques afin de criminaliser des actes considérés comme étant contraires au droit international. Dans le procès des criminels nazis, l'un des dilemmes posés dans la poursuite des crimes internationaux a manifestement été la difficulté de faire le lien entre les commandants et les crimes commis par leurs subordonnés. Dans toutes les poursuites qui seront présentées devant la CPI, le Statut de Rome exige une preuve hors de tout doute raisonnable³⁴⁹. Dans le cas des bombardements aériens, le concept de responsabilité du supérieur hiérarchique rend le commandant de l'air responsable de n'avoir pas prévenu la conduite criminelle de ses pilotes de l'air. Le commandant de l'air serait puni pour défaut de contrôle et de supervision de ses subordonnés qui

³⁴⁶ C. Pilloud et Y. Sandoz, *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*. Martinus Nijhoff Publishers (1986), par. 3553.

³⁴⁷ Jugement *Bagilishema*, par. 46.

³⁴⁸ Arrêt *Bagilishema*, par. 37; *Celibici*, Chambre de première instance II, Jugement du 16 novembre 1998, par. 394; *Aleksovski*, Chambre de première instance I, *bis*, Jugement du 25 juin 1999, par. 112-119.

³⁴⁹ Schabas, «International Criminal Court», *supra* note 311, p. 105.

ont commis un crime et il est ainsi puni tant pour son propre défaut d'intervention que pour les crimes commis par les autres³⁵⁰.

3.3.3 Le rapport Goldstone de l'Organisation des Nations Unies

Sous la demande du Conseil des droits de l'homme de l'ONU, une mission d'établissement des faits à Gaza a été demandée à l'expert international Richard Goldstone. Le cadre normatif de la mission a été le droit international général, la Charte des Nations Unies, les droits humains, le DIH et le droit international pénal. Sur le plan méthodologique, ce rapport a emprunté différents exemples, dont cinq (5) nous intéressent et sont en lien avec ce mémoire:

- . Attacks by Israeli forces on government buildings and persons of the Gaza authorities, including police;
- . Obligation to take feasible precautions to protect civilian population and objects by Palestinian armed groups in Gaza;
- . Obligation to take feasible precautions to protect civilian population and objects by Israel in Gaza;
- . Indiscriminate attacks by Israeli forces resulting in the loss of life and injury to civilians;
- . Deliberate attacks against the civilian population;
- . The use of certain weapons.

Le rapport Goldstone (comptant 575 pages) visait à enquêter sur les allégations de crimes de guerre commis par Israël et le Hamas, sur leurs territoires respectifs, du 27 décembre au 3 janvier 2009 durant l'Opération *Plomb durci*. Durant cette opération, les organisations internationales sur le terrain ont dénombré près de 1 400 victimes³⁵¹. Pour ce faire, les enquêteurs se sont penchés sur les dommages collatéraux ou des attaques indiscriminées dirigées sur la population civile et des biens civils. L'argument des forces israéliennes a été de justifier les attaques sur des structures terroristes renforçant le Hamas. Par exemple, des postes de police, l'édifice habitant le bureau du Conseil législatif palestinien et des prisons ont été bombardés. D'un point de vue juridique, ces attaques délibérées, selon le rapport, constitue une

³⁵⁰ Currat, «Crimes et la CPI», *supra* note 341, p. 633.

³⁵¹ Voir le Rapport Goldstone, A/HRC/12/48, p. 107, par. 353-355.

violation grave du droit international coutumier qui exige que les attaques doivent strictement se limiter à des objectifs militaires. La mission a relevé des preuves de violation du droit de la guerre et suffisamment pour réclamer une enquête sur le comportement des deux belligérants. Le rapport recommande que dans les six mois de son dépôt – et aucune enquête sérieuse n'a été entreprise tant du côté d'Israël que des autorités de Gaza –, le Conseil de sécurité se saisisse du dossier, soit en demandant des enquêtes, soit d'en saisir la Cour pénale internationale.

3.4 La conclusion du Chapitre II

Nul ne peut nier que la conférence diplomatique tenue à l'initiative du Comité international de la Croix-Rouge (CICR) de 1974 à 1977 portant adoption à deux Protocoles additionnels aux Conventions de Genève était nécessaire. Toutefois, ces protocoles apportèrent leur lot d'ambiguïtés relativement à certaines expressions et certains énoncés sur la qualité et la condition du civil prises dans son ensemble. Ce flou permet à la guerre technologique d'échapper à l'emprise du droit.

Ainsi donc, c'est-à-dire en théorie, la CPI possède toutes les capacités à traduire en justice les hauts responsables civils et militaires associés aux interventions militaires où des crimes de guerre ont été commis. Cependant, il sera tout un défi pour cette dernière de traduire en justice un responsable militaire occidental pour dommages collatéraux aériens. La Cour est avant un organe subsidiaire, ce qui implique que par le principe de complémentarité, les instances judiciaires internes des pays occidentaux ont préséance en matière de poursuite pénale. Or, à la lumière de la pratique des États, particulièrement des États-Unis, ces derniers favorisent l'approche diplomatique avec l'État des victimes de dommages collatéraux. L'approche judiciaire est délaissée en faveur de la diplomatie du «pardon» aux familles des victimes³⁵².

³⁵² Par exemple, l'émissaire américain de la Défense Robert Gates offrant ses «excuses» les plus sincères et de ses «condoléances» aux familles des victimes lors d'une rencontre officielle avec le Président de l'Afghanistan Hamid Karzai. La même approche a été aussi utilisée par la Secrétaire

De plus en plus, la guerre se déshumanise. La technologie aérospatiale et les vecteurs militaires non habités prennent de plus en plus de place dans les affaires militaires. Ce phénomène grandissant amène avec elle une nouvelle révolution encore non identifiable.

Dans une perspective juridique pénale, la révolution dans les affaires militaires minimisera davantage la possibilité d'entamer des poursuites pénales³⁵³ et ce, tant au niveau national qu'international suite à des dommages collatéraux. Nous pouvons tout de même souligner deux raisons. La première réside dans le résultat de l'enquête du Bureau du Procureur du TPIY instituée relativement aux dommages causés par les bombardements de l'OTAN en Yougoslavie. Cette enquête a démontré que le droit international protège en quelque sorte les guerres technologiques en considérant que les dommages causés par exemple à l'environnement n'ont pas été excessifs au point de violer les dispositions des articles 35(3) et 55 du Protocole I. Les objectifs militaires atteints, malgré leur double fonctionnalité, sont en conformité au sens de l'article 8(2)(b)(iv) du Statut de Rome. Et finalement, le principe de proportionnalité de la force au sens de l'article 51(5) du Protocole I doit s'interpréter selon le cas du «commandement militaire raisonnable» et non au sens de la protection des droits humains. Le second s'apparente au blocus que posent les États-Unis relativement au dépôt du rapport Goldstone. Avec la pression d'Israël, les États-Unis viennent de réclamer un sursis de 6 mois avant de référer le rapport devant le Conseil de sécurité des Nations Unies ou la CPI. Or, ce délai pourrait permettre aux autorités israéliennes d'entamer des poursuites sérieuses devant ses instances nationales. Nous croyons, de notre humble opinion, qu'il serait dans l'intérêt des Israéliens de saisir cette opportunité.

aux affaires extérieures d'Israël Tzipi Livni lors des bombardements de juillet 2006 dans le Sud Liban.

³⁵³ Ainsi, la technologie permet d'ores et déjà d'exploiter des drones téléguidés à distance, des agents aux intelligences artificielles, le vol entre les espaces atmosphérique et spatial. Ces nouveaux moyens et méthodes de combat laisse perplexe. La preuve hors de tout doute raisonnable de l'intention de l'agresseur de commettre un crime de guerre dans le cas d'une guerre technologie est, à la charge du procureur de la CPI, très difficile à établir. La pratique nous en fait la preuve.

CONCLUSION

Dans le cadre de ce mémoire, nous avons tenté de démontrer l'existence d'un cadre juridique formel régissant tout type de conflit armé. De plus, au regard même de ce cadre juridique, nous avons dégagé, malgré l'inexistence d'un ordre juridique formel, que le droit des conflits armés s'applique aussi clairement aux opérations aériennes. Ainsi, ce mémoire de recherche constitue une synthèse du cadre juridique permettant d'une part aux États de bombarder du haut des airs et d'autre part, le principe même voulant que les populations civiles et les non-combattants bénéficient d'une immunité contre les effets des hostilités.

Pour faire la démonstration de nos prétentions, nous avons présenté des faits historiques constituant les sources d'une norme donnant naissance à une pratique et une coutume propre à la conduite des hostilités, et ce, même dans un rapport air-sol. Ainsi, en se fiant aux nombreuses rencontres diplomatiques tenues depuis 1907, la communauté internationale de l'époque a légitimé conditionnellement les bombardements aériens uniquement sur des objectifs militaires légitimes procurant un avantage militaire concret. Ainsi, la communauté internationale a du même coup renforcé la norme de protection des populations civiles et des biens à caractère civil de certains objectifs militaires nécessaires au quotidien de la population civile.

Tout d'abord, nous nous sommes fixés trois objectifs que nous avons tenté de démontrer dans deux chapitres. Ces objectifs ont tout d'abord consisté à analyser le cadre historique des conférences entourant l'absence de la réglementation des méthodes de guerre aérienne. Ensuite, à comprendre les principes humanitaires régissant en tout temps les conflits armés. Finalement, à éclaircir le statut de la CPI afin de dégager sa compétence en matière de dommages collatéraux, voire de crimes de guerre pouvant être commis durant une opération de bombardements aériens.

À la lumière du premier chapitre, il nous a fallu dresser le fil historique de la réglementation limitant le lancement de projectiles incendiaires du haut des airs et ce, depuis les deux rencontres diplomatiques internationales tenues à La Haye et débouchant sur l'adoption des Conventions de La Haye (les 29 juillet 1899 et 18

octobre 1907). Ainsi, à deux reprises sous l'initiative du tsar Nicolas II de Russie, ces deux conférences visaient particulièrement à concrétiser un projet à double effet. Le premier était de maintenir la paix dans les relations internationales entre États européens. Le second visait une réduction, voire une limitation des armements. C'est lors de la conférence de 1907 que l'on a pu combler la lacune de 1899 par la présence de presque toutes les nations reconnues du début du XXe siècle. Les principaux résultats de ces rencontres ont été le développement des règles affirmant que les combattants n'ont pas un droit illimité de choisir les moyens de nuire à l'ennemi et que les non-combattants doivent être épargnés de souffrances inutiles (le droit de La Haye). Relativement à la question des bombardements aériens, à l'instar de cette dernière, les principes et les interdictions qui furent adoptés à La Haye font partie du droit international coutumier. Il n'en reste pas moins que sous l'appellation «clause Martens», une norme humanitaire vient renforcer la norme voulant que même en l'absence d'accords internationaux, tant les populations civiles que les combattants restent sous la sauvegarde et l'empire du droit des personnes en considération des usages de la guerre et des principes d'humanité.

Au fil du temps, les nombreuses conférences qui se sont tenues après celles de La Haye, c'est-à-dire entre 1919 et 1977, ont plutôt tenté de réaffirmer l'importance de protéger les non-combattants des hostilités que de bannir l'utilisation de l'avion comme arme de guerre. On comprendra que pour les conflits à venir, on a laissé les États possédant la force aérienne pleinement bénéficier des nouveaux vecteurs innovateurs et technologiques dans les affaires militaires. Nous avons par ailleurs tenté de dégager les orientations normatives menant progressivement à la légitimation des bombardements aériens considérant l'entrée de la technologie dans les affaires militaires et ce, au grand bénéfice des États-Unis et autres grandes puissances militaires aérospatiales. L'un de nos objectifs était de bien préciser que l'absence d'un cadre juridique réglementant la conduite aérienne ne fait pas pour autant que de telles opérations ne soient pas soumises aux principes fondamentaux reconnus en DIH. À ce titre, il n'en reste pas moins que dans l'ordre actuel des relations internationales tendues dans lequel le monopole de la violence technologique et

primitive est de plus en plus multipolaire, la capacité de posséder, de développer, d'entretenir et de maîtriser la puissance aérienne ne se limite qu'à quelques puissances militaires. Ceux-là sont bien identifiables. Les pays occidentaux et les sociétés démocratiques sont à même de maîtriser la guerre par les voies terrestre et maritime, et de déplacer maintenant le point de lancement de leurs attaques au-delà de la zone de front terrestre, soit au niveau de l'atmosphère et de l'espace. Nonobstant cette capacité, ils sont toutefois tenus de respecter certains principes humanitaires complémentaires au droit des conflits armés.

Dans le second chapitre, il a été question de circonscrire le cadre juridique humanitaire dans lequel sont tenus d'évoluer tous belligérants en conflit. Ce chapitre est en réponse aux bombardements aériens généralisés, «ciblés» et «aveugles» que l'on a pu remarquer lors des récentes opérations militaires. Ainsi, la nature asymétrique des guerres modernes exige le rappel de certains principes prescrit par le DIH et ce, incluant les nouveaux moyens technologiques non réglementés par le droit international. Les belligérants doivent dorénavant jongler avec l'impératif de poursuivre la guerre avec des armes relevant de la haute technologie. Cette innovation, particulièrement dans les affaires militaires aérospatiales, offre bien des avantages en termes de qualité et de quantité dans l'opérationnalité de l'attaque. À priori, cette innovation misait à minimiser les dommages collatéraux et les mesures de précaution devant être prises afin de protéger la population civile dans la zone des hostilités contre les effets inutiles résultant des attaques aériennes et des risques de dommages collatéraux qui en découleraient. Cette double exigence impose aux planificateurs des attaques d'adopter une approche conventionnelle face au droit international, lequel prescrit que la gestion du risque militaire doive être subordonnée aux intérêts humanitaires. Partant de cette réalité opérationnelle dans l'attaque, les opérations aériennes doivent rencontrer à tout le moins deux principes fondamentaux du droit de la guerre: d'une part, on doit établir la distinction entre les civils et les combattants, d'autre part, la réponse militaire légalement valable doit être proportionnelle à la provocation. Or, les nouvelles méthodes dans les guerres modernes (comme les vols à très haute altitude et de nuit) et la technologie dans les

moyens mortifères rendent de plus en plus difficile la distinction entre les civils et les militaires. Malgré le principe de la précaution qu'est tenu d'observer le responsable de l'attaque, il est devenu plus difficile, avec les nouveaux armements, de limiter tant l'effet latent de l'attaque que l'ampleur des pertes humaines et des biens à caractère civil.

L'aspect contemporain de la guerre technologique aérienne implique un grand apport de civils dans la conduite des hostilités. C'est d'ailleurs pour cela que dès 1918, suite aux raids aériens des zeppelins sur Londres, les dommages causés aux civils susciteront l'attention des juristes relativement à l'immunité des populations civiles. L'asymétrie entre les belligérants et les nouveaux vecteurs militarotechnologiques dans les nouveaux conflits expose davantage de civils à participer activement dans la production militaro-industrielle et les opérations indirectes ou connexes aux forces militaires. Cette situation de fait laisse jaillir les limites de la «nécessité militaire» dans les attaques de cibles potentiellement légitimes, mais dont ces biens sont destinés au quotidien de la population civile. L'État initiant l'attaque et invoquant le droit de détruire la capacité industrielle et stratégique contribuant à l'effort militaire de son adversaire va-t-il à l'encontre du droit humanitaire visant à imposer des limites dans la conduite des hostilités? Cette question posée interpelle l'aspect criminel d'actes commis dans l'intention de délibérément violer le standard minimum du principe d'humanité dans la guerre. Assimilables à des crimes de guerre, les «dommages collatéraux» rentrent dorénavant sous la compétence de la CPI. Directement, le théâtre des opérations extérieures peut avoir des conséquences sur les pratiques des militaires et le cadre juridique dans lequel ils opèrent. Dans la foulée des dommages collatéraux dans les récents conflits, le CICR, dans une étude sur le droit international humanitaire coutumier en 2005, a rappelé le cadre juridique dans lequel doit évoluer la guerre quant aux moyens et méthodes utilisées et ce, en continuité avec les conclusions tirées par les experts après leurs rencontres à l'Institut de droit international de San Remo et suite au projet de l'Université Harvard.

Dans ce mouvement de lutte contre l'impunité et l'établissement d'une justice pénale internationale, dès lors, les dirigeants politiques et militaires risquent de se voir tenus responsables au même titre que leurs subordonnés qui exécutent directement ou indirectement l'acte incriminant. Ce constat laisse entrevoir que malgré l'appareillage juridique en place, le phénomène croissant de bombarder des objectifs militaires dans les zones urbaines et d'utiliser des méthodes de guerre au risque de commettre des violations graves du DIH sera pour longtemps encore un objet de réflexion et suscitera le besoin d'être règlementé par l'ordre juridique international. Avec l'innovation dans les affaires militaires et la dimension croissante de la guerre spatiale (quoiqu'à un stade embryonnaire), le DIH est lui aussi appelé à se redéfinir à la lumière des avancées technologiques selon les nouveaux moyens et méthodes de conduire la guerre à partir des dimensions atmosphériques et extra-atmosphériques.

BIBLIOGRAPHIE

PARTIE I: DOCUMENTATION INTERNATIONALE

1. Traités et accords internationaux

Annuaire de la Commission du droit international, 1980, vol. II, deuxième partie, aux pp. 33, 44-45.

Charte des Nations Unies, 26 juin 1945, R.T. Can. 1945 no. 7.

Code de Lieber de 1863, Instructions de 1863 pour les armées en campagne des États-Unis d'Amérique.

Convention (II) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe:

Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe:

Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 oct. 1907.

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907. Annexe à la Convention: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. Section II.- Des hostilités. Chapitre I.- Des moyens de nuire à l'ennemi, des sièges et des bombardements.

Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907.

Convention d'Ottawa sur l'interdiction des mines antipersonnel (1997), préambule, paragraphe 3.

Convention de Genève du 22 août 1864 pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne. Genève, 22 août 1864.

Convention de Vienne sur le droit des traités conclue en 1969 est entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

Déclaration à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre.
Saint Petersburg, 11 décembre 1868.

Déclaration du 29 juillet 1899 concernant l'emploi de projectiles qui répandent des gaz asphyxiants ou délétères.

Déclaration relative à l'interdiction de lancer des projectiles et explosifs du haut des ballons», instrument No XIV de la Conférence.

Deuxième Protocole à la Convention sur les armes classiques, tel qu'il a été modifié (1996), article 3 paragraphe 7.

Pacte de la Société des Nations de 1919, articles 1 à 30 du Traité de Versailles de 1919

Point 5 de la Déclaration figurant à la l'Acte final de la Conférence internationale de la paix de 1907.

Préambule de la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et
son Annexe: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre. La Haye, 18 octobre 1907.

Projet d'une Déclaration internationale concernant les lois et coutumes de la guerre.
Bruxelles, 27 août 1874

Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, S/25704, 3 mai 1993, paragr. 35. Par ailleurs, en 1950.

Règles concernant le contrôle de la radiotélégraphie en temps de guerre et la guerre aérienne fixées, à La Haye, déc. 1922 – fév. 1923.

2. Actes et résolutions des organisations internationales

Documents officiels du Comité International de la Croix-Rouge

Acte de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, (1974 – 1977), Volume VI, 387 p.

Acte de la Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés, Genève, (1974 – 1977), Volume VIII, 478 p.

CICR, Projets de Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949, Genève, juin 1973, 46 p.

CICR, «Le droit international humanitaire et les défis posés par les conflits armés contemporains», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, mars 2004, Vol 86, n° 853, pp 245-278

Documents officiels de l'Organisation des Nations Unies

A.G. Res. 2675, N.U. AGRO, 25e Sess., Supp. No. 28, N.U. Doc. A/8028 (1970).

Conseil de sécurité des Nations Unies. Résolution 1674 (2006).

Circulaire du Secrétaire général des Nations Unies du 6 août 1999.

Déclaration faite par le Secrétaire général devant le Conseil de sécurité le 26 juin 1992, Doc. ONU S/24201 (29 juin 1992).

Résolution 1674 (2006) du Conseil de sécurité des Nations Unies adoptée lors de la 5430^e séance du 28 avril 2006. S/RES/1674 (2006).

Résolution 2444(1968) de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 19 décembre 1968. A/RES/1968 (1968).

3. Publications officielles

ONU, Rapport final de la Commission d'experts constituée conformément à la résolution 780 (1992) du Conseil de sécurité, annexé à la lettre, en date du 24 mai 1994,

PARTIE II: JURISPRUDENCE

1. Tribunaux internationaux

Cour Internationale de Justice

CIJ, *Avis consultatif du 8 juillet 1996*, *Recueil 1996*, à la p. 259, para. 84.

CIJ, *Détroit de Corfou*, Arrêt, fond, arrêt du 9 avril 1949, Rec., 1949, p. 21.

CIJ, *Personnel diplomatique et consulaire des États Unis à Téhéran*. Arrêt du 24 mai 1980, Rec., 1980, p. 42 et 43.

CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, fond, arrêt du 27 juin 1986, CIJ, Rec., 1986, p. 112.

CIJ, *La licéité de l'emploi ou de la menace des armes nucléaires*, Avis consultatif du 8 juillet 1996, Rec., 1996, para. 77.

Cour Permanente Internationale de Justice

Permanent Court of International Justice. *S.S. Lotus*. 2 Hudson, World Court Reports, 1927-1932, 20, 35. FINCH, George A., *The Source of Modern International Law* (1937).

Tribunal militaire international de Nuremberg

United States v. Yunis, 681 F. Supp. 896 at 900-1 (DDC 1988).

Tribunal militaire des États-Unis à Nuremberg, 3 novembre 1947, *Pohl et autres*, I.L.R. Vol. 14, No. 127, à la p. 290.

United States vs. Wilhelm List et al. (Hostage Case) Trials, vol. xi, à la p. 1271.

The Caroline Case, 29 British and Foreign State Papers 1129.

Tribunal militaire international de Nuremberg

United States vs. Soemu Toyoda, Official Transcript of Record of Trial, à la p. 5006.

US Military Commission in Manilla, *US vs. Yamashita*.

Tribunal d'arbitrage mixte gréco-allemand

Coenca Brothers c. Allemagne, 4 AD 570 (1927).

Kiriadolou c. Allemagne, 5 AD 516 (1930), 27.

Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie

Procureur (Le) c. Kordic et Cerkez, Chambres d'Appel, TPIY, 17 décembre 2004, para.54.

Procureur (Le) c. Kupreskic et al, TPIY. IT-95-16-T.

Procureur (Le) c. Blaskic (2004) IT-95-14. Chambre d'appel; *Le Procureur c. Galic*. IT-98-29. Chambre de première instance.

Le Procureur c. Mrksic et consorts («Vukovar Hospital»), Décision relative à l'examen de l'acte d'accusation en application de l'article 61 du Règlement, 3 avril 1996.

Le Procureur c. Pavle Strugar et consorts - Affaire No. IT-01-42-PT, «Décision relative à l'exception préjudicielle d'incompétence déposée par la Défense», 7 juin 2002.

Tribunal Pénal International pour le Rwanda

Le Procureur c. Jean Paul Akayesu, Chambre I, Jugement du 2 septembre 1998, au para. 582.

Le Procureur c. Semanza, TPIR, Chambre de première instance, 15 mai 2003, para. 401.

Le Procureur c. Musema, TPIR, Chambre de première instance, 27 janvier 2000, para. 141.

Le Procureur c. Kayishema et Ruzindana, TPIR. Chambre de première instance, 21 mai 1999, au para. 213-5.

Le Procureur c. Bagilishema, TPIR. Chambre de première instance, 7 juin 2001, aux para. 42-3.

PARTIE III: DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS

1. Ouvrages généraux

Abi-Saab, R. *Droit humanitaire et conflits internes. Origines et évolution de la réglementation internationale*, Paris, A. Pedone, 1986.

Bedjaoui, M. *Droit international. Bilan et perspectives*, Tome 1, Paris, A. Pedone, 1991.

- Bélangier, M. *Droit international humanitaire*, Paris, Gualino éditeur, 2002.
- Biddle, T.D. *Rhetoric and Reality in Air Warfare – The Evolution of British and American ideas about Strategic Bombing, 1914-1945*. Princeton University Press. USA, 2002.
- Bouchet-Saulnier, F. *Dictionnaire pratique du droit humanitaire, La Découverte*, 3^{ème} éd., Paris, 2006.
- Bourret-Aubertot, J. *Les Bombardement Aériens*. Paris, PUF, 1923.
- Boutros-Ghali, B. *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking, and Peacekeeping: Report of the Secretary-General Pursuant to the Statement Adopted by the Summit Meeting of the Security Council on 31 January* (New-York: United Nations), 1992.
- Byers, M. *War Law – International law and Armed Conflict*. Atlantic Books. London, 2005.
- Calogeropoulos-Stratis, S. *Le recours à la force dans la société internationale*. Librairie générale de droit de jurisprudence. Lausanne-Paris, 1986.
- Castells, M. *The Information Age: Economy Society and Culture*, (Malden, Blackwell: 1997)
- Chiavario, M. *La justice pénale internationale entre passé et avenir*, Paris, Dalloz, 2003.
- Curat, P. *Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale*. Bruylant, Bruxelles, Collection Genevoise, 2006.
- Dailler, P. et Pellet, A. *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002.
- David, C.-P. *La guerre et la paix – Approches contemporaines de la sécurité et de la stratégie*, Paris, Presse de Science Po, 2000.
- David, E. *Principes de Droit des Conflits Armés*, Bruxelles, Bruylant, 2nd éd., 1999.
- , *Principes de droit des conflits armés*, Bruxelles, Bruylant, 3^{ème} éd., 2002.
- Detter, I. *The Law of War*, Cambridge, Cambridge University Press, 2nd ed., 2000.
- Deyra M. *L'essentiel du droit des conflits armés*, Paris, Gualino éditeur, 2002.

Gaurier, D. *Histoire du droit international*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005.

Glaser, S. *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1954.

Grosscup, B. *Strategic Terror – The Politics and Ethics of Aerial Bombardments*, USA, Zed Books, 2006.

Guillard, D. *Les armes de guerre et l'environnement naturel*, Paris, L'Harmattan, 2006.

Henckaert, J.-M et Doswald-Beck, L. *Droit international humanitaire coutumier. Volume I: Règles*, Bruylant, Comité International de la Croix-Rouge, 2006.

Kolb, R. *Jus in bello. Le droit international des conflits armés*, Helbing & Lichtenhahn, Bruylant, 2003.

Lindqvist, S.A. *History of Bombing*, New-York, The New Press, 2000.

Meyrowitz, H. *Les Armes biologique et le droit international*, Paris, Éditions A. Pedone, 1968.

Moir, L. *The law of internal armed conflicts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

Queneudec, J.-P. *La responsabilité internationale de l'État pour les fautes personnelles de ses agents*, Paris, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, 1966.

Ronzitti, N. et Venturini, G. *Essential air and Space Law – The Law of Air Warfare, contemporary issues*, Utrecht, Eleven International Publishing, 2006.

Roulot, J.-F. *Le crime contre l'humanité*, Paris, L'Harmattan, 2002.

Rousseau C. *Le droit des conflits armés*, Paris, A. Pedone, 1983.

Sandoz, Y et Kalshoven, F., *Mise en œuvre du droit international humanitaire*, London. Martinus Nijhoff Publishers, London, 1989.

Sassoli, M. et Bouvier, A. *Un droit dans la guerre?*, CICR, Genève, Vol. I, 2003.

Schabas, W.A. *An introduction to the International Criminal Court*. 2nd Edition, Cambridge, Cambridge University Press. 2004.

Siostis, J. *Le droit de la guerre et les conflits armés d'un caractère non-international*, Paris, LGDJ, 1958.

Thomas, W. *The Ethics of Destruction – Norms and Force in International Relation*, Ithaca and London, Cornell University Press, 2001.

Veuthey, M. *Guérilla et droit humanitaire*, Comité international de la Croix-Rouge, Genève, 1983.

Warner, D. *Human rights and humanitarian law. The quest for universality*, London, Martinus Nijhoff, 1997.

2. Article

Aldrich, G. «The laws of war on land», (2000) 94 American Journal of International Law, 60.

Berman, N. “Privileging Combat? Contemporary Conflict and the Legal Construction of War” 43 Colum. J. Transnat’l L. 1 (2004)

Bothe, M. «Conflits armés internes et le droit international humanitaire», *RGDIP*, 1978, tome 82, 82.

Bouvé, C.L. “The Development of International Rules of Conduct in Air Navigation”. (1930) 1 Air L. Rev. p. 1..

Bulman, T.P. “A Dangerous Guessing Game Disguised as Enlightened Policy: United States Law of War Obligations During Military Operations Other Than War”, (1991) 159 MIL. L. Rev. 152.

Burchill, R. «The ICJ decision in the case concerning East Timor: the illegal use of force validated?», (1997) Journal of armed conflict law, 1.

Byers, M. “Custom, Power, and the Power of Rules - Customary International Law from an Interdisciplinary Perspective” (1995-1996) 17 Mich. J. Int’l L. 109.

Cahin, G. «Les guerres de libération nationale et le droit international», (1976) Annuaire du Tiers-monde, 52.

Campbell, A. “Communications Lessons for NATO, the Military and Media”, (1999) RUSI Journal, 144.

Carnahan, B. “The law of air bombardment in its historical context” (1975) Air Force Law Review, Vol. 17 (2), 60.

Cassese, A. "The Geneva Protocols of 1977 on the humanitarian law of armed conflict and customary international law", (1984) 1 UCLA Pacific Basin Law Journal, 83.

Cebrowski, A. K. J. J. Garstka, "Network-Centric Warfare: Its Origin and Future" (1998) Proceedings of the Naval Institute, 124.

Charlton, L.E.O. "Air Power and the Principle of Parity" (1938) 17 International Affairs (Royal Institute of International Affairs 1931-1939), 493.

Charney, J. I. "The Persistent Objector Rule and the Development of Customary International Law" (1985) 56 British Yearbook of International Law.

Ciobanu, D. «The concept and the determination of the existence of armed conflicts not of an international character», (1975) 58 Rivista di Diritto internazionale, 43.

Cohen, E. "A Revolution in Military Affairs" (1996) 75 Foreign Affairs, 37.

Cryer, R. "The fine Art of Friendship: *Jus in Bello* in Afghanistan" (2002) 7 Journal of Conflict and Security Law 48.

De Schutter, B. De Wyngaert, C., (Van), «Coping with non-international armed conflicts: The borderline between national and international law» (1983) 13 Georgia Journal of International and Comparative Law, 279.

Desaussure, A. L. "The Role of the Law of Armed Conflict During the Persian Gulf War" (1994) 37 Air Force Law Review 41.

Dinstein, Y. "Legitimate military objectives under the current *jus in bello* " (2001) 31 Israel yearbook on Human Rights, 1.

Dorman, K. "Preparatory Commission for the International Criminal Court: The Elements of War Crimes. Part II: Other serious violations of the laws and customs applicable in international and non-international armed conflict" (2001) 83 IRRC, 842.

Downey, W.G Jr. "The Law of War and Military Necessity" (1953) 47 The American Journal of International Law, 251.

Draper, G.I.A.D. «Humanitarian law and internal armed conflict» (1983) 13 Georgia Journal of International and Comparative Law, 253.

Eash, J., III. "Harnessing Technology for Coalition Warfare", (2000) NATO Review, 32.

Emanuelli, C. «Introduction au droit applicable dans les conflits armés» (1992) 23 *Etudes internationales*, 723.

-----, «L'étude du CICR sur le droit humanitaire coutumier: la coutume en question», (2006) 2 *RGDIP*, 435.

Eyal, J. "The Media and the Military: Continuing the Dialogue after Kosovo", (2000) *RUSI Journal*, 37.

Faber, P. R. "Airpower Theory: A Language for Analysis" (1994) *soldier-Scholar, a Journal of Contemporary Military Thought*, 4.

Fabyanic, T.A. "War, Doctrine, and the Air War College: Some Relationships and Implications for the U.S. Air Force" (1986) *Air University Review*, 2.

Farer, T.J. «The humanitarian laws of war in civil strife: towards a definition of «international armed conflict»» (1971) 7 *Revue belge de Droit International*, 20.

Fauchille, P. «La guerre aérienne», (1917) *RGDI*, 1.

Fenrick, W J. "The Law Applicable to Targeting and Proportionality after Operation Allied Force: A View from the Outside" (2000) 3 *Yearbook of International Humanitarian Law*, 58.

Fenrick, W J. "New Developments in the Law concerning the Use of Conventional Weapons in Armed Conflict" (1981) 19 *Can. Y.B. Int'l L.* 229.

-----, "Comment: Attacking the Enemy Civilian as a Punishable Offence" (1997) 7 *Duke J. Comp. & IL*, 539.

Fleck, D. "Strategic bombing and the definition of military objectives" (1997) 27 *Israel yearbook on human rights*, 41.

Glick R. D. "Lip Service to the Laws of War: Humanitarian Law and the United Nations Armed Forces" (1995) 17 *Mich. J. Int'l L.* 53, p. 105 à 107 (1995);

Goda, P. "The Protection of Civilians from Bombardment by Aircraft: The Ineffectiveness of the International Law of War" (1966) 93 *J. 33 Mil. L. Rev.* 93, 1

Greenwood., C. «The concept of war in modern international law» (1987) 36 *International comparative law quarterly*, 283.

Holning, L. "Rethinking the Persistent Objector Doctrine in International Human Rights Law" (2005-2006) 6 *Chi. J. Int'l L.* 495.

K. V. R. T. "Aerial Warfare and International Law" (1942) 28 Virginia Law Review, 516.

Kalshoven, F. «Reaffirmation and development of international humanitarian law applicable in armed conflicts: the conference of government experts, 24 mai – 12 juin 1971», (1971) Netherlands yearbook of international law, 68.

Lauterpacht, H. "The Problem of the Revision of the Law of War" (1952) 29 Brit. Y.B. Int'l L. 360.

Lester, N. "The Distinction between Combatant and Noncombatant in the Law of War" (1945) 39 Am. J. Int'l L. 680.

Lewis, M. W. "The Law of Aerial Bombardment in the 1991 Gulf War", (2003) Am. J. Int'l L. 48.

Lippman, M. Aerial Attacks on Civilians and the Humanitarian Law of War: Technology and Terror from World War I to Afghanistan, (2002) 33 Cal. W. Int'l LJ. 54.

Loschin, L. "Persistent Objector and Customary Human Rights Law: A Proposed Analytical Framework". (1996) 2 U. C. Davis J. Int'l L. & Pol'y 147.

Matheson, M. J. "The United States Position on the Relation of Customary International Law to the 1977 protocols additional to the 1949 Geneva Conventions: Remarks", (1987) 2 American University Journal of International Law and Policy, 425.

Mc Clane, J. B. "How Late in the Emergence of a Norm of Customary International Law May a Persistent Objector" (1989) 13 ILSA J. Int'l L. 1.

McDougal M.S., Feliciano, F. P. "International Coercion and World Public Order: The General Principles of the Law of War" (1957-1958). 67 Yale L.J. 771 (1957-1958)

Meron, T. «Classification of armed conflict in the former Yugoslavia: Nicaragua Fallout», (1998) 92 American Journal of International Law, 236.

-----, «International criminalization of internal atrocities», (1995) 89 American journal of international law, 554.

-----, "The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law," (1996) 90 American Journal of International Law.

Meyrowitz, H. «Le bombardement stratégique d'après le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève» (1981) 41 Max Planck-Institut Fur Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht, 26.

Momtaz, D. «L'intervention d'humanité» de l'OTAN au Kosovo et la règle du non-recours à la force» (2000) 82 RCIR, 89.

Momtaz, D. «War crimes in non-international armed conflicts under the statute of the international criminal court» (1999) 2 Yearbook of international humanitarian law, 177.

Mouttaki, S. K. «La Coutume Internationale: Sujets de Droit, Consentement et Formation de la Norme Coutumière» (2003-2004) 35 Ottawa L. Rev. 255.

Munkler, H. «The wars of the 21st century» (2003) 849 RICR, 360.

Parks, H. W. «Air War and the Law of War» (1990) 32 A.F. L. Rev. 1.

Pfanner, T. «Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire» (2005) 87 RICR, 259.

Pocar, F. «Protocol I Additionnal to the 1949 Geneva Conventions and Customary International Law» (2000) 31 Israel Yearbook on Human Rights 145, 157.

Roger, A.P.V. «Zero-casual warfare» (2000) 837 IRRC, 165.

Roscini, M. «Target and Contemporary aerial bombardment». (2005) 54 ICLQ, 413.

Rowe, P. «Kosovo 1999: The air campaign – Have the provisions of Additional Protocol I withstood the test?» (2000) 837 IRRC, 154.

Schmitt, M. «Bellum Americanum: The U.S. view of twenty-first century war an its possible implication for the Law of armed conflict» (1998) 19 Michigan J. Int'l., 1051.

Schmitt, M. «The Principle of Discrimination in 21 Century Warfare» (1999) 2 Yale Hum. Rts. & Dev. L.J. 143.

Schwarzenberger, G. «Law of Air Warfare and the Trend towards Total War» (1959) 1 U. Malaya L. Rev". 120.

Shue, H., Wippman, D. «Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions» (2002) 35 Cornell Int'l L.J., 559.

Sloutzky, N. «Le bombardement aérien des Objectifs militaires» (1957) 61 RGDIP, 353.

Spraight, J.M. "Air bombardment" (1923-24) *British Year Book of International Law*, 21.

Stein, T. "The Approach of the Different Drummer: The Principle of the Persistent Objector in International Law" (1985) 26 *Harv. Int'l. L. J.* 457.

Walker, J. "The demise of the nation-state, the dawn of new paradigm, and a future for the profession of arms" (2001) 51 *Air Force LR*, 323.

Wangsgard, S. A. "Secession, Humanitarian Intervention, and Clear Objectives" (1996) 3 *Tulsa Journal of Comparative and International Law*, 313.

Wherry, A. "Aerial Bombardment in International Law" (1940) 74 *N. Y. L. Rev.* 135

Zemmali, A. «La protection de l'eau en période de conflit armé» (1995) 815 *RIICR*, 601.

3. Acticles de périodiques

Gestri, M. "The Chicago Convention and Civilian Aircraft in Time of War" dans N. Ronzitti et G. Venturini (eds), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*, 2006.

Olinga, A. D. «La notion de dignité en droit international des droits de l'homme, principe d'unification ou prétexte à manipulation? *Dignité humaine en Afrique*» Cahier de l'UCAC No.1, Yaoundé, PUCAC, 1996, 233.

Parks, H. W. "Asymmetries and the Identification of Legitimate Military Objectives" dans *International humanitarian law facing new challenges: symposium in honour of Knut Ipsen*, 2007, 65

Post, H. "War Crimes in Air Warfare" dans N. Ronzitti, G. Venturini, (eds), *The Law of Air Warfare: Contemporary Issues*. (2006), 157.

Sassoli, M., "Targeting: the Scope and Utility of the Concept of Military Objectives for the Protection of Civilians in Contemporary Armed Conflicts. New Wars, New Laws?: Applying the Laws of War in 21st Century Conflicts". ed. par David Wippman (2005), 181.

3. Rapports de recherche

Momtaz, D., *Le droit international humanitaire applicable aux conflits armés non internationaux*. Académie de droit international. Tome 292. Martinus Nijhoff Publishers. The Hague/Boston/London, 2001.

Centre de droit international ULB. *L'intervention en Irak et le droit international*. Cedin Paris I. Cahiers internationaux No. 19. Éditions Pedone. 2004.

4. Dictionnaires, encyclopédies et atlas et ouvrages statistiques

Encyclopedia of Public of International law. *Aalands Islands to Dumbarton Oaks Conference (1994)*. Vol. One. North Holland, 1992.

Oxford English Dictionary, *Oxford*, 1970, Vol. VII, p. 14.

Salmon, J. (dir.), «*Bombardement*». *Dictionnaire de droit international public*. Universités Francophones. Bruylant. Bruxelles. 2001. p. 133

PARTIE IV: SITES INTERNET

Oumba, P. «La Cour internationale de justice et la problématique des droits de l'homme». Voir //www.memoireonline.com. Visité le 03/09/2007.

Schmitt, M.N., «Computers and War: The Legal Battlespace», Background Paper prepared for Informal High-Level Expert Meeting on Current Challenges to International Humanitarian Law. Cambridge, 25-27 juin 2004, disponible à l'adresse <http://www.ihlresearch.org>.